ARCHIWUM
TOWARZYSTWA NAUKOWEGO WE LWOWIE
DZIAŁ II. — TOM IX. — ZESZYT 3.

ZAGADNIENIE POSIŁKOWEJ PORĘKI

W PRAWIE RZYMSKIEM I W PRAWACH NOWOŻYTNYCH

STUDYUM HISTORYCZNO-DOGMATYCZNE

NAPISAŁ

MARCELI CHLAMTACZ

WE LWOWIE
NAKŁADEM TOWARZYSTWA NAUKOWEGO
Z ZASIŁKIEM MINISTERSTWA WYZ. REL. I OŚW. PUBL.
DRUKARNIA UNIWERSYTETU JAGIELLOŃSKIEGO POD ZARZĄDEM J. FILIPOWSKIEGO
1932.

Skład główny wydawnictw Towarzystwa utrzymują: we Lwowie Towarzystwo Naukowe, w Krakowie Gebethner i Wolff.

WYDAWNICTWA
TOWARZYSTWA NAUKOWEGO WE LWOWIE.

zł.

Prace naukowe, Dział I, historyczno-filologiczny.

I. Abraham Władysław. Powstanie organizacyi kościoła łacińskiego na Rusi. Tom I. str. XVI i 418. 20

II i III. Dąbkowski Przemysław. Prawo prywatne polskie. Tom I. str. XXII i 602, tom II. str. X i 731. 56

IV. Balzer Oswald. Skarbiec i archiwum koronne w dobie przedjagiellońskiej, str. 626 26

V. Janusz Bohdan. Zabytki przedhistoryczne Galicyi wschodniej, str. 310 15

VI.—VIII. Balzer Oswald. Królestwo Polskie 1295—1370, tom I str. 448, tom II str. 536, tom III str. 364 56

Archiwum naukowe, Dział I, historyczno-filologiczny.

Tom I. Dąbkowski Przemysław. O utwierdzeniu umów pod grozą łajania w prawie polskiem średniowiecznem, str. 75 (4 zł.). — Buzek Józef. Studya z zakresu administracyi wychowania publicznego. I. Szkolnictwo ludowe, str. 479 (20 zł.) 24

Tom II. Dembiński Bronisław. Stanisław August i ks. Józef Poniatowski w świetle własnej korespondencyi, str. 259 (12 zł.). — Witwicki Władysław. Analiza psychologiczna objawów woli, z 4 fig. w tekście i 1 tabl., str. 127 (8 zł.). — Hahn Wiktor. Juliusza Słowackiego Samuel Zborowski, str. 71 (3 zł.). — Dąbkowski Przemysław. Załoga w prawie polskiem średniowiecznem, str. 49 (2 zł.) 25

Tom III. Dąbkowski Przemysław. Rękojemstwo w prawie polskiem średniowiecznem, str. 255 (12 zł.). — Dąbkowski Przemysław. Litkup, studyum z prawa polskiego, str. 68 (3 zł.). — Hahn Wiktor. Literatura dramatyczna w Polsce XVI wieku, str. 133 (6 zł.). — Nanke Czesław. Szlachta wołyńska wobec Konstytucyi Trzeciego Maja, str. 93 (14 zł.) 25

Tom IV. Szumowski Władysław. Galicya pod względem medycznym za Jędrzeja Krupińskiego, pierwszego protomedyka 1772—1783. Z portretem Krupińskiego, str. 368 (16 zł.). — Janowski Benon. O odgłościach jako czynniku rozwoju kultury, z 4 fig. w tekście i 5 tabl., str. 43 (4 zł.). — Modelski Teofil Emil. »Król Gebalim« w liście Chasdaja, studyum historyczne z X w., str. 122 (6 zł.) 26

Tom V. Tomkowicz Stanisław. Przyczynki do historyi kultury Krakowa w pierwszej połowie XVII w., str. 315 (25 zł.). — Podlacha Władysław. Malowidła ścienne w cerkwiach Bukowiny, z 10 tabl., str. 208 (14 zł.) 39

Tom VI. Grzegorzewski Jan. Z Sidżyllatów rumelijskich epoki wyprawy wiedeńskiej akta tureckie, str. 408 (20 zł.). — Dąbkowski Przemysław. Prawo zastawu w Zwierciadłach saskiem, szwabskiem i niemieckiem, studyum z historyi prawa niemieckiego, str. 88 (4 zł.) 24

Tom VII. Kolankowski Ludwik. Zygmunt August, wielki książę Litwy do r. 1548, z 3 tabl. i 10 mapami, str. 419 (24 zł.). — Hadaczek Karol. Osada przemysłowa w Koszyłowcach z epoki eneolitu, studya do początków cywilizacyi w południowo-wschodniej Europie, z 10 tabl., str. 75 (8 zł.) 32

Tom VIII. Longchamps de Berier Roman. Rękojmia z powodu wad i braków, a obowiązek świadczenia. Studyum z austryackiego prawa cywilnego, str. 87 (4 zł.). — Ohanowicz Alfred. Współwłasność w prawie prywatnem austryackiem, str. 75 (4 zł.). — Hartleb Kazimierz. Jan z Ocieszyna Ocieski, jego działalność polityczna i Dyaryusz podróży do Rzymu (1501—1548), str. 342 (15 zł.). 23

Tom IX. Zakrzewski Stanisław. Opis grodów i terytoryów z północnej strony Dunaju, czyli t. z. Geograf Bawarski, z 1 tabl., str. 80 (5 zł.). — Czeżowski Tadeusz. Teorya klas, str. 43 (2 zł.). — Smolarski Mieczysław. Studya nad Wolterem w Polsce, str. 221 (10 zł.) 17

ARCHIWUM
TOWARZYSTWA NAUKOWEGO
WE LWOWIE

WYDZIAŁ II HISTORYCZNO-FILOZOFICZNY

TOM IX

WE LWOWIE
NAKŁADEM TOWARZYSTWA NAUKOWEGO
Z ZASIŁKIEM MINISTERSTWA WYZ. REL. I OŚW. PUBL.
DRUKARNIA UNIWERSYTETU JAGIELLOŃSKIEGO POD ZARZĄDEM J. FILIPOWSKIEGO
1932.

SPIS RZECZY.

Zagadnienie posiłkowej poręki
w prawie rzymskiem i w prawach nowożytnych.
Studyum historyczno-dogmatyczne.

Napisał
Marceli Chlamtacz.

Wstęp.

W r. 1890, w toku prac nad kodeksem niemieckim, wystąpił Unger[1] z głośnym wówczas sprzeciwem dalszego utrzymania za wzorem prawa pospolitego dobrodziejstwa uprzedniej skargi przy poręce. To dobrodziejstwo, zdaniem Ungera, nie odpowiada poczuciu społeczeństwa, jest w kolizyi z wymogami obrotu i czyni iluzorycznym cel istotny poręki. De lege ferenda odmówił Unger owemu dobrodziejstwu wszelkiego uzasadnienia i poddał dosadnej krytyce stanowisko projektu niemieckiego kodeksu cywilnego, którego autorowie, co prawda, nie bez pewnych restrykcyi, hołdowali doktrynie prawa pospolitego, przyjętej niemal we wszystkich prawodawstwach nowożytnych, i mającej za sobą powagę prawa rzymskiego.

W odniesieniu jednak do prawa rzymskiego należy zaznaczyć, że wedle Pandektów i Kodeksu wierzyciel miał swobodę pozwania dłużnika lub ręczyciela, że w mowie będące dobrodziejstwo jest wytworem poglądów bizantyńskiej szkoły z r. 535, sprzecznych z rzymską tradycyą, która wierzycielowi pozostawiała zupełną swobodę wstąpienia na drogę sądową przeciw biernym podmiotom, nie wiążąc go bynajmniej przymusem kolejności.

[1] Jahrb. f. Dogm. XXIX. 1—28.

Stojąc na stanowisku historycznego rozwoju prawa rzymskiego i jego najświetniejszego okresu klasycznego, któremu w żadnej mierze nie dorównywał poziom umysłów z epoki Justyniańskiej, należy, oceniając wartość dobrodziejstwa uprzedniej skargi, odróżnić okres jurysprudencyi klasycznej i poklasycznej od okresu Justyniańskiego.

Pewnem jest, że w świadomości dzisiejszych społeczeństw tkwi wyobrażenie, iż t. zw. posiłkowość poręki jest cechą istotną, że ręczyciel odpowiada, jeśli główny dłużnik nie wywiąże się ze swego obowiązku, ale rozstrzygające jest pytanie, jakich środków chwycić się ma prawodawca, chcąc dać wyraz temu posiłkowemu znaczeniu poręki, i dalsze pytanie, czy uprzednia skarga ma być jedynym praktycznym wyrazem, realizującym ową posiłkowość. W tej mierze prawo rzymskie z okresu przed Now. 4, gdyż ona to wprowadziła w r. 535 t. zw. dobrodziejstwo skargi uprzedniej, daje nam cenne wskazówki, godzące dobrze postulat bezpieczeństwa wierzyciela z posiłkowością poręki. Prawnicy bizantyńscy, zatraciwszy zrozumienie licznych a bardzo subtelnych form prawnych, wytworzonych przez prawników rzymskich w związku z posiłkowością poręki, w dążeniu do unifikacyi różnych rodzajów gwarancyi personalnych, nadali tej posiłkowości wewnętrzny wyraz i zewnętrzną postać taką, która jest zaprzeczeniem, a conajmniej osłabieniem istotnych celów samej poręki, jest zaprzeczeniem myśli klasyków prawa rzymskiego.

Teorya pandektowa, stojąc na stanowisku Corpus iuris civilis jako jednolitej całości, a odczuwając niebezpieczeństwo w mowie będącego dobrodziejstwa dla pewności kredytu i niedoskonałość prawodawczą Now. 4, starała się w ciągu wieków, nieprzerwanie aż do naszych czasów, w pewnej bodaj mierze uodpornić obrót od niepożądanych dlań skutków stosowania w praktyce owego dobrodziejstwa. Takie też stanowisko zajmują współczesne prawodawstwa, które w przeważnej swej liczbie zatrzymały dobrodziejstwo skargi uprzedniej.

Posiłkowość poręki wedle pomysłu prawników bizantyńskich z celami poręki pogodzić się nie da i bizantyński pomysł pójść winien w zapomnienie jako również niezgodny z tradycyą rzymską, a także niezgodny z potrzebami obrotu i poczuciem społeczeństw nowożytnych.

Dalsze wywody są próbą uzasadnienia powyższej tezy.

I.

Zagadnienie posiłkowej poręki w prawie rzymskiem.

1. Prawo klasyczne i poklasyczne aż do wydania Now. 4. (535).

a) Przymus uprzedniej skargi przy poręce iure communi wykluczony.

W systemie fideiussio, jako typowej formie poręki, posiłkowość w postaci uprzedniej skargi nie dała się zrealizować. Wierzyciel zdecydowany pozywać głównego dłużnika, tem samem rezygnował z zabezpieczenia danego mu ze strony ręczyciela, albowiem skarga i litis contestatio z głównym dłużnikiem wobec brzmienia formuły id(em) fide mea esse iubeo, zwalniała ręczyciela. Zabezpieczenie kredytu przez fideiussio w związku z zasadą procesu klasycznego bis de eadem re agi non potest miało wartość względną, fideiussio wiązała fideiussora, jako akcesoryjnie odpowiedzialnego za idem, rozszerzała identyczny dług na fideiussora, ale zarazem otwierała mu szansę wyjścia z obligu bez konieczności płacenia za dłużnika, o ile wierzyciel dłużnika, a nie fideiussora zaskarżył.

W tym stanie rzeczy fideiussio w okresie klasycznym nie mogła spełnić tej roli, jaką pod względem bezpieczeństwa kredytu zwykło się wiązać z przeznaczeniem poręki. Pomijając bowiem względy etyki i przyzwoitości, które wierzyciela krępowały, a nawet mogły narazić na przykrą odpowiedzialność wobec dłużnika, jeśli w zbytniej obawie o jego wypłacalność skierował swą skargę przeciw ręczycielowi [1], to w zasadzie prawo wyboru skargi (electio), przysługiwało wierzycielowi aczkolwiek w istocie swej było raczej ciężarem, narzuconym przez rygorystyczny axiomat procesualnej konsumpcyi. Kto »eligere debet qua actione experiatur« ten skargę niewyniesioną bezpowrotnie traci [2].

Na szczególną jednak uwagę zasługuje fakt, że owa względna wartość fideiussio jako gwarancyi personalnej przez ścisły związek z procesualną konsumpcyą, nie wywołała potrzeby zmiany tego stanu rzeczy. Aż do sławnej konstytucyi Justyniana z r. 531 (C. 8,40(41),28) nie spotyka się w kompilacyi żadnej prawodawczej próby dostoso-

[1] Levy, Sponsio 134.

[2] Paul. D. 9, 4, 26, 1... Eligere debet actor, quem velit convenire. Ulp. D. 14, 4, 5, 1... Eligere tamen debere agentem, qua potius actione experiatur. C. 5,57, 1. (a 224); Ulp. D. 14, 4, 9, 1... Eligere quis debet qua actione experiatur... Levy, Konkurrenz I. 41.

wania fideiussio do potrzeb zabezpieczenia kredytu, mimo, iż nie brak prób ustawodawczych złagodzenia rygorów odpowiedzialności ręczycieli wobec wierzyciela (np. b. divisionis). Ryzyko, wynikające z fideiussio dla wierzyciela, przetrwało wieki aż do owej konstytucyi, gdyż dopiero w oczach kompilatorów straciła litis contestatio swój rozstrzygający wpływ, a materyalna treść sentencyi rozstrzygała o konsumpcyi skargi; w miejsce procesualnej konsumpcyi wprowadzili kompilatorowie na momencie materyalno-prawnym polegającą, konsumpcyę solucyjną, gdyż w okresie poklasycznym straciła swe znaczenie litis contestatio, a z nią straciła swe znaczenie actio prawa klasycznego. W miejsce procesualnej konsumpcyi wchodzi zasada zgaśnięcia obligu przez materyalną solucyę, która w razie konkurencyi osób, a przy istnieniu idem, chroni pozwanego przed kondemnacyą, względnie egzekucyą. W prawie Justyniańskiem actio jako taka i sama przez się nie ma wpływu na drugą (D. 50, 17, 130 = I. 4, 9, 1... numquam enim actiones, [praesertim poenales], de eadem re concurrentes alia aliam consumit) [1]. Nie to rozstrzyga w prawie Justyniańskiem, że eadem res zaskarżono, ale w razie ponownej skargi o idem rozstrzyga to, że w poprzednim procesie idem zapłacono [2].

Że w kompilacyi Justyniańskiej znaczenie procesualnej konsumpcyi okresu klasycznego jest częstokroć jeszcze widoczne, to się głównie tłómaczy niemożnością kompilatorów w krótkim stosunkowo czasie ich prac kodyfikacyjnych, usunięcia wszelkich śladów organizacyi klasycznego procesu per formulas, jakkolwiek bardzo liczne interpolacye w dziedzinie fideiussio, wprowadzające w miejsce litis contestatio zapłatę, wskazują aż nadto dobitnie na zasadniczą zmianę wyobrażeń w okresie prawa Justyniańskiego.

Posiłkowość poręki w prawie klasycznem, wcale nie obca społeczeństwu jako dyktat etyki, czego dowodem świadectwa Cycerona, Quinctiliana i Gaiusa [3], w braku wszelkich w tej mierze, aż do

[1] Levy, Konkurrenz II. 231: Ausnahmslose Unanwendbarkeit des klassichen Konsumptionsrechtes, por. I. 66. 63.

[2] Ibid. I, 334. 470 i 64.

[3] Cic. ad Att. 16, 15, 2; Pseudo-Quinctilianus (I. poł. II. w.? por. Levy, Sponsio 42 uw. 1); Declam. 273; Gaius D. 47, 10, 19: Si creditor meus, cui paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriarum tenetur.

now. 4 z r. 535, ustawodawczych poczynań, tylko drogą pośrednią, torowaną przez prawników rzymskich, mogła być realizowaną.

Przy fideiussio simplex subsydyarność, pojęta jako z mocy prawa płynący obowiązek wierzyciela zapozwania poprzód głównego dłużnika, nie jest do osiągnięcia [1]. Bez względu na ostateczny wynik procesu i egzekucyi przeciw dłużnikowi, ręczyciel był wolny [2].

Punkt zwrotny stanowi konstytucya 28 z r. 531. Konstytucya 28. C. 8, 40. uchyla konsumpcyę skargi i otwiera wierzycielowi swobodę sukcesywnego dochodzenia pretensyi, atoli bez przymusu kolejności

b). Skarga uprzednia a t. zw. fideiussio indemnitatis.

Savigny w odniesieniu do poręki, której najistotniejszy cel polega w ochronie wierzyciela przed ewentualną niewypłacalnością głównego dłużnika, ową procesualną konsumpcyę uważał za niebezpieczną i nie wahał się nawet ten skutek wyniesienia skargi przeciw głównemu dłużnikowi, pociągający za sobą zarazem utratę skargi przeciw ręczycielowi, nazwać nonsensem, przed którym, jak mówi, starano się chronić wierzyciela przez sztuczne środki [3], i wymienia przytem jako taki środek t. zw. w prawie pospolitem fideiussio indemnitatis, która przez swoją szczególniejszą strukturę otwierała wierzycielowi możność sukcesywnej skargi, zapewniała również ręczycielowi realizacyę subsydyarności jego obligu drogą przymusu uprzedniej skargi przeciw głównemu dłużnikowi.

Niewątpliwie jurysprudencya rzymska nietylko klasyczna. ale i późniejsza aż do Justyniańskiej reformy z r. 531 umiała wyminąć niebezpieczeństwa fideiussio, sprowadzając cel zabezpieczenia wierzyciela na teren innych gwarancyi personalnych poza fideiussio. Odrębnym rodzajem gwarancyi personalnej była t. zw. fideiussio indemnitatis, t. zw. mandatum qualificatum, constitutum debiti alieni, wszystko twory prawne, mogące zabezpieczyć kredyt. Pokaźna ich liczba obok fideiussio już swem istnieniem wskazuje na dążność zastąpienia nimi fideiussio jako zbyt ryzykownego dla wierzyciela

[1] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 822.

[2] Pauli S. R. II. 17, 16; Pap. D. 27, 7, 7; Pomp. D. 44, 2, 21, 4; C. 8, 40, 15, 1 [et solverit] (interp.); C. 5, 57, 2 (interp.); Proculus D. 46, 3. 84 (interp.); Levy, Konkurrenz I. 374; C. 8, 40, 23 (interp., Siber, Röm. Recht II. 297, Levy, Sponsio 211, Levy, Konkurrenz I. 201); Pap. D. 46, 1, 52, 3. (interp. Levy, Sponsio 211, Tenże, Konkurrenz I. 202).

[3] Savigny, Das Obligationenrecht I. 181, 183, 184.

środka gwarancyi personalnej, który z drugiej strony był uciążliwym dla ręczyciela, bo iure communi wykluczał skargę uprzednią.

Stwierdzić atoli należy, że rzymskie prawo klasyczne t. zw. fideiussio indemnitatis nie zna, za odrębny rodzaj poręki jej nie uważa, zna natomiast promissionem indemnitatis (stipulationem indemnitatis).

Ona to jest pojęta jako tarcza ochronna przeciw niepożądanym dla wierzyciela i dla gwaranta skutkom fideiussio. Jest uroczystą umową gwarancyjną prawa klasycznego, jest przyrzeczeniem warunkowem świadczenia tego, czego wierzyciel nie będzie mógł ściągnąć od dłużnika. Nawiązaną zostaje w formie promissio indemnitatis z reguły przez indemnizacyjną stypulacyę, chociaż w późniejszem już prawie poklasycznem ten pojęciowo różny od fideiussio twór prawa nazywano fideiussio [1] w pełnej zresztą świadomości fundamentalnej różnicy między fideiussio a promissio (fideiussio) indemnitatis. Oblig promitenta jest obok obligu głównego dłużnika obligiem pryncypalnym, a nie akcesoryjnym. Opiewała ta stypulacya na incertum z formułą procesową na quidquid ob eam rem N^m-N^m A^o A^o dare facere oportet (Gai. IV, 136, 137); wierzyciel domagał się wynagrodzenia szkody, o ile niedopisał kredyt udzielony głównemu dłużnikowi.

T. zw. fideiussio indemnitatis jest gwarancyą daną wierzycielowi za dłużnika, którą to gwarancyę nauka pandektowa pojmuje jako rodzaj fideiussio, mimo, że prawnicy klasyczni, ze względów czysto praktycznych, ostro oddzielają tę t. zw. fideiussio indemnitatis od fideiussio simplex. Dopiero w okresie kompilatorskim widoczna jest tendencya unifikacyi tych dwóch tak różnych w oczach klasyków tworów prawnych [2].

T. zw. fideiussio indemnitatis wyklucza, wobec braku idem,

[1] L e v y, Sponsio 147 uw. 3; D. 46, 6, 12; D. 27, 7, 7; D. 46, 1, 41; C. 5, 57, 2, 2; K e l l e r, Über Litiscontestation u. Urteil nach klass. röm. Recht 563; S o k o ł o w s k i, Die Mandatsbürgschaft 6 n.; L e v y, Sponsio 8 uw. 2: das röm. Recht eine Schadlosbürgschaft nicht kennt...; B r i n z, Pandekten II. 187 uw. 38.

[2] Nawet po uchyleniu procesualnej konsumpcyi wybitna różnica między fideiussio a promissio indemnitatis pozostała, gdyż przymus kolejności związany z promissio nie istnieje przy fideiussio, co przeoczył F l u m e, Studien zur Akcessorietät der röm. Bürgschaftsstipulationen 60, usprawiedliwiając kompilatorów, którzy w związku z promissio indemnitatis »czasami« promitenta za fideiussora uważają por. 57 n.

quasi — korealność obligów głównego dłużnika i ręczyciela, więc uchyla ryzyko procesualnej konsumpcyi. Oblig ręczyciela opiewa na ewentualną szkodę, jest pryncypalnym obligiem warunkowym. Treścią zaś warunku jest stwierdzenie nieuiszczenia długu przez głównego dłużnika; stwierdzenie bądź pozasądowe (Cels. D. 12, 1, 42,) bądź, co się utarło od Papiniana-Paulusa (D. 45, 1, 116), stwierdzenie niewypłacalności dłużnika głównego drogą skargi uprzedniej i bezskutecznej egzekucyi. Ta zatem t. zw. fideiussio indemnitatis otwiera drogę dwom możliwościom: 1) możliwości sukcesywnej skargi przeciw głównemu dłużnikowi, a w razie niezaspokojenia przeciw ręczycielowi, 2) możliwości przymusowej, obligatoryjnej skargi uprzedniej przeciw głównemu dłużnikowi przed ręczycielem, podczas gdy jedno i drugie przy fideiussio simplex nie było do osiągnięcia.

Znamiennem zatem jest, że klasycy rzymscy kaucyę indemnizacyjną przeciwstawiają fideiussioni, a ustępy źródeł, w których to przeciwstawienie rzekomo nie jest widoczne, tracą moc dowodową wobec innych tekstów, uwydatniających odrębność kaucyi indemnizacyjnej.

A. Ustępy źródeł grupy pierwszej są następujące:

A. 1) Ulp. D. 46, 2, 6, pr.; [1] Si ita fuero stipulatus: »quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum fideiubes?«, non fit novatio, quia non hoc agitur, ut novetur.

Powszechną jest dziś zgoda [2], że słowo »fideiubes« pochodzi od kompilatorów, którzy skłonni byli promissio indemnitatis uważać za species ogólnego pojęcia fideiussio. Si ita fuero stipulatus - miało swój odpowiednik w spondes lub fideipromittis, co kompilatorowie zastąpili słowem fideiubes. Jak wykazuje Levy [3], to »fideiubes« użyte w odniesieniu do odrębnego pryncypalnego obligu, jakim jest stipulatio quanto minus a Titio debitore exegissem, byłoby czemś niezwyczajnem, bo mimo skłonności kompilatorów do tego terminu, przychodzi on w relacyi do pryncypalnego dłużnika raz jedyny właśnie w owym fragmencie, co chyba dowodnie przemawia, że

[1] G r a d e n w i t z, Interpolationen 218; Lenel, Pal. II. 1181; P e r n i c e, Sav. Zeitschr. XIX. 182; S a l k o w s k i, Novation 247 uw. 36; L e v y, Sponsio 8 uw. 23; F l u m e, Studien 57 n.

[2] P e r n i c e, Parerga, Sav. Zeitschr. XIX. 182 uw. 4: Gedankenlosigkeit des Sekretärs der Kompilatoren, der angewiesen war, den sponsor überall durch den fideiussor zu ersetzen.

[3] L e v y, Sponsio 23.

w klasycznym tekście go nie było. Więc Ulp. D. 46, 2, 6 pr. wskazuje w prawie klasycznem pozornie na fideiussio indemnitatis, a w rzeczy samej traktuje o warunkowej pryncypalnej promissio indemnitatis.

2) Pap. D. 50, 8, 5, 3: Pro magistratu (fideiussor) interogatus pignora quoque specialiter dedit.

Wedle znikąd nie kwestyonowanej opinii Lenela (Pal. I. 884) fideiussio weszła w miejsce »praes«, ale gdyby nawet przypuścić na chwilę autentyczność »fideiussor«, który przyrzeka rem publicam salvam fore (Pap. D. 50, 1, 11, 1) lub rem pupilli salvam fore (C. 5, 57, 2, 2 (a 225), to mielibyśmy zwyczajną fideiussio, różną w swej treści od promissio indemnitatis in id, quod a principali debitore servari non potest. Nawet Geib, najgorliwszy obrońca fideiussio indemnitatis jako szczególniejszego rodzaju poręki prawa klasycznego, przyznaje, że np. cautio rem publicam salvam fore nie stwarza fideiussio indemnitatis [1].

3) Paul. D. 19, 2, 54 pr.: Si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum ac si ita fideiussisset: »in quantum illum condemnari ex fide bona oportebit, tantum fide tua esse iubes?« vel ita: »indemnem me praestabis?«

Cały fragment zajmuje się kwestyą odpowiedzialności ręczyciela za zaległe odsetki zwłoki.

Paulus poucza, że będzie to miało miejsce, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, bo tak objawiona wola na równi winna być traktowana z tem, gdyby expressis verbis dał odpowiedź na pytanie wierzyciela: in quantum illum condemnari ex fide bona oportebit, tantum fide tua esse iubes? Zatem zwłoka dłużnika głównego przy kontrakcie bonae fidei ściąga i na ręczyciela odpowiedzialność za odsetki zwłoki [2], co najzupełniej wynika z pojęcia fideiussio simplex i jej akcesoryjności. Na tem kończy się responsum; aż tu

[1] Geib, Zur Dogm. d. röm. Bürgschaftsrechts 19 i uw. 4.

[2] Ibid. 83 uw. 3, 5, 84 uw. 1; Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 821 uw. 3.

nagle zaskoczeni jesteśmy dodatkiem: vel ita [indemnem me[1] praestabis?]. Dodatek niewątpliwie pochodzi od Tryboniana. Przyznać chyba należy, że na tak oderwanym od związku z treścią fragmentu dodatku niepodobna opierać twierdzenia, iż prawnicy klasyczni t. zw. fideiussio indemnitatis za rodzaj akcesoryjnej fideiussio uważali.

4) C. 5. 57, 2 pr., 1, 2 (a. 225): Non est ambigui iuris electo reo [[et solvente]] fideiussorem liberari. 1. Et ideo si simpliciter acceptus est fideiussor in id, quod tutor [seu curator] debiturus esset, cum proponas tutorem [vel curatorem][2] condemnatum [[solvisse]], quid dubium est liberatum esse fideiusorem? 2. Plane si [stipulatio rem salvam fore interposita est vel] cautum est in id, quod a tutore [seu curatore] servari non potest, manet fideiussor obligatus ad supplendam tibi indemnitatem.

Odkładając na razie szersze omówienie interpolacyi tego reskryptu z czasów Aleksandra Sewera, koniecznej ze względu na konstytucyę Justyniana z r. 531, stwierdzamy, że ręczyciel wzmiankowany w pr. i w §. 1. reskryptu zeznaje stypulacyę in id, quod tutor seu curator debiturus esset, i przyjmuje rolę fideiussora w znaczeniu technicznem. W c. 2 w §. 2. różne dwa twory: stipulatio r. p. s. f. i kaucyę in id quod a tutore servari non potest stawiają kompilatorowie na równi, zacierając istotną różnicę między fideiussio a promissio (fideiussio) indemnitatis.

W §. 2. naprowadzono w r. 225. gwoli kontrastu stypulacyę indemnizacyjną, z którą późniejsi kompilatorowie I. Kodeksu nieoględnie, acz niewątpliwie w interesie pupila stawiają na równi stipulationem rem pupilli salvam fore, mimo że taka stypulacya zeznana na rzecz pupila według innych tekstów (Pap. D. 27, 7, 7) stanowiła substrat zwyczajnej poręki. Eliminując z pr. Tryboniański wkręt »et solvente«, jako ogólną myśl reskryptu w związku z pr., uzyskujemy wynik zgodny z prawem klasycznem, że wierzyciel pozywając dłużnika powoduje tem samem zwolnienie ręczyciela (pr. §. 1), co niema miejsca, jeśli zabezpieczenie polegało w kaucyi rem pupilli

[1] Beseler, Beiträge zur Kritik röm. Rechtsquellen II. 110; Levy, Sponsio 152 uw. 3, słusznie zauważył, że niewiadomo wedle brzmienia całego fragmentu do kogo odnosi się wyraz: me; por. Index interp. 365.

[2] Curator jest wstawką kompilatorów por. Peters, Generelle und spezielle Aktionen, Sav. Zeitschr. XXXII. 279.

salvam fore, (zdaniem redaktorów Codicis veteris), lub w indemnizacyjnej kaucyi in id quod a tutore (seu curatore) servari non potest, gdyż jedna i druga jest w stosunku do głównego zobowiązania samoistnym odrębnym obligiem warunkowym, że zatem gwarant, zeznając za zgodą wierzyciela taką kaucyę, dźwiga odtąd na sobie równorzędny acz warunkowy oblig, przez co pupil nie będzie narażony, pozwawszy dłużnika (tutora), na utratę przeciw gwarantowi skargi, do wyniesienia której uprzednio przed gwarantem pupil jest obowiązany, przez co w dalszem polu stanie się zadość ogólnej tendencyi podtrzymania posiłkowości poręki [1] przez środek uprzedniej skargi.

5) Podobną sytuacyę, w której t. zw. fideiussores w gruncie rzeczy są warunkowo odpowiedzialnymi dłużnikami, ilustruje nam częściowo interpolowany [2].

Modestinus D. 46, 1, 41 pr.: Respondit si fideiussores in id accepti sunt, quod a curatore servari non possit, et post impletam legitimam aetatem tam ab ipso curatore quam ab heredibus eius solidum servari potuit et cessante eo, qui pupillus fuit, solvendo esse desierit: non temere utilem in fideiussores actionem competere.

Wśród niemal równoważącej się gry interesów wierzyciela, stojącego przed widmem procesualnej konsumpcyi i ręczycieli drżących przed sądowem ich ściganiem z pominięciem głównego dłużnika, pożądaną była dla obu stron wzmiankowana umowa gwarancyjna (promissio indemnitatis), którą w tym fragmencie przysłonili nam kompilatorowie, wywołując wedle tenoru fragmentu wrażenie, że i Modestinus już w połowie III w za Aleksandra Severa, podobnie jak interpolujący C. 5, 57, 2 pr. 1, 2. kompilatorowie Justyniańscy, hołdował unifikacyjnym tendencyom jurysprudencyi poklasycznej i redaktorów Codicis veteris, skojarzenia różnych odmian i rodzajów gwarancyi personalnych w fideiussio i mandatam credendi, jak na to wskazują rubryka tytułu 1. ks. 46 pandektów i rubryka t. 40. ks. 8. kodeksu.

Na strukturalnie i praktycznie doniosłą różnicę między t. zw. fideiussio indemnitatis, o której traktuje omawiany fragment, a fide-

[1] Por. Geib, Zur Dogm. uw. 33; Levy, Sponsio 28 uw. 1, 147 uw. 3. Nadto Rotondi, Appunti sulla stipulatio r. p. s. f. 284 n. Studii s. d. r. II.

[2] Krüger, Sav. Zeitschr. 16 uw. 5.

iussio simplex prawa klasycznego, wskazuje dobitnie przeciwstawna Modestynowi (D. 46, 1, 41 pr.) opinia Scaevoli D. 46, 1, 62.

Scaev. D. 46. 1, 62. Si fideiussor creditori denuntiaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fideiussor doli mali exceptione summovere? respondit non posse.

Według Scaevoli, świadom grożącego mu niebezpieczeństwa fideiussor upomina wierzyciela, by wystąpił przeciw dłużnikowi o zapłatę lub by realizował prawo zastawu. Wierzyciel, ociąga się, lecz występuje ze skargą przeciw fideiussorowi, który mimoto zapozwany exceptionem doli przeciwstawić skutecznie nie może, gdyż wierzyciel wobec ręczyciela żadnych obowiązków nie ma. O ile wierzyciel, omijając gotowego do zapłaty dłużnika, nie dopuścił się narażenia na szwank dobrej opinii dłużnika, może go zupełnie wypuścić z gry i szansę zaspokojenia wyłącznie oprzeć na ręczycielu. Według Modestyna atoli w odmiennym wypadku t. zw. fideiussio indemnitatis, o ile wierzyciel zaniedbał szukać zaspokojenia u głównego dłużnika, to nie będzie mógł skutecznie dochodzić zapłaty u fideiussora indemnitatis. Jeżeli więc wierzyciel przez niedbalstwo w dochodzeniu przeciw dłużnikowi nie uzyskał pokrycia swej wierzytelności, to spowodował przez własną winę szkodę, której mu gwarant wynagradzać nie ma obowiązku [1].

W prawie klasycznem zatem pozycya wierzyciela w razie fideiussio simplex inną była niż w razie fideiussio indemnitatis. Przy pierwszej mógł powodowany względami wobec dłużnika zaniechać przeciw niemu wszelkich przezorności, mógł bowiem od początku oprzeć interes kredytowy na zaufaniu do osoby i do wypłacalności ręczyciela. Przy promissio indemnitatis musiał dołożyć wszelkiej staranności w dochodzeniu długu przeciw dłużnikowi aż do bezskutecznej egzekucyi, bo dopiero wtedy odpowiadał mu promissor indemnitatis. Skarga z promissio indemnitatis idzie o wynagrodzenie szkody, skarga z fideiussio o świadczenie w miejsce i niejako w zastępstwie dłużnika. To, że wierzyciel przy promissio indemnitatis naprzód musi pozwać dłużnika, nie jest dobrodziejstwem (auxilium) dla ręczyciela, tu uprzednia skarga jest wynikiem struktury prawnej tego rodzaju gwarancyi, a przeciwnie przy fideiussio simplex aż do

[1] Geib, Zur Dogm. 33; Vangerow, Lehrbuch d. Pand. III. §. 578. uwaga 4.

now. 4. uprzednia skarga jest ustępstwem, ulgą dla ręczyciela, od dobrej woli wierzyciela zależną.

Różnicę jasną między temi dwoma rodzajami gwarancyi personalnej zaciera dopiero now. 4. Wierzyciel w związku z now. 4. zawsze st i przed ewentualnością, iż ręczyciel może powołać się na dobrodziejstwo, i licząc się z tem nie może niczego zaniedbać, coby mu umożliwiło zaspokojenie ze strony dłużnika, bo dopuszczając się niedbalstwa, narażonym będzie na zarzut ze strony ręczyciela, iż pozbawił go zwolnienia się od zapłaty przez culpa in exigendo w odniesieniu do dłużnika. Dopiero przez now. 4. poręka Justyniańska zbliżoną zostaje do t. zw. fideiussio indemnitatis, tworu prawnego, tak rdzennie różnego od poręki przed now. 4.[1].

6) Pap. D. 27, 7, 7: Si fideiussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adulescens ut ante conveniret petierant atque ideo stipulanti promiserunt se redituros quod ab eo servari non potuisset: placuit inter eos, qui solvendo essent, actionem residui dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur: nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio: si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?

Oblig tutora rem pupilli salvam fore został ubezpieczony w formie akcesoryjnej fideiussio, na co niniejszy fragment wskazuje (por. nadto D. 46, 6, 12.). Ręczyciele qui rem salvam fore caverant, napierają na byłego pupila, by poprzód pozwał tutora jako głównego, w pierwszej linii odpowiedzialnego dłużnika. Jaskrawie występuje w tem żądaniu ręczycieli ich obawa, by z pominięciem tutora oni nie byli zaskoczeni skargą, wyziera stąd tkwiąca w umysłach społeczeństwa tendencya posiłkowości poręki, świadomość daleka jednak od przyobleczenia jej w pozytywny przepis, któremu po trzech wiekach z górą daje dopiero wyraz now. 4. Justyniana.

Adulescens wedle treści przytoczonego fragmentu godzi się na wypuszczenie ręczycieli z kleszczów tak dla nich groźnej fideiussio za cenę stypulacyi indemnizacyjnej, godzi się dlatego, gdyż i on zyskuje, bo wobec niepewności, co lepsze, czy pozwać tutora, czy ręczycieli, uzyskuje sytuacyę pewniejszą, gdyż wprawdzie teraz musi

[1] Geib, Zur Dogm. 33; Regeniter, Die Einrede 26 n.; Sokołowski, Mandatsbürgschaft 24; Girtanner, Die Bürgschaft 484 n. Przedwcześnie owo zbliżenie upatruje Flume, Studien 59 n. w fakcie wydania C. 8, 40, 28.

poprzód pozwać tutora, ale ma pewność powetowania ubytku na gwarantach, gdyby nie uzyskał pełnego zaspokojenia ze strony tutora.

Dalsza część fragmentu obraca się poza sferą problemu posiłkowej poręki, a dotyczy kwestyi, czy też gwaranci mogą liczyć na znane beneficium divisionis imp. Hadryana. Wątpliwości mogły powstać stąd, że ręczyciele po zeznaniu kaucyi indemnizacyjnej przestali przecież być fideiussores s. str., lecz są pryncypalnymi dłużnikami [1], do których dobrodziejstwo się nie odnosi, z czego dla dla oceny stosunku fideiussio simplex do t. zw. fideiussio indemnitatis wynika jasno, że klasycy przeciwstawiają sobie te twory prawne. Papinian mimoto nie odmawia im tego dobrodziejstwa, wzmiankując, że się na nie zgodzono (placuit), bo jakkolwiek obecni gwaranci odpowiadają warunkowo, to jednak spoczywa na nich ciężar odpowiedzialności może większy i dotkliwszy nawet, niżby nim był, gdyby pozostali w roli dawniejszej i dlatego po słuszności owe beneficium przyznać im należy tak samo, jak je przyznać należy i kilku mandatorom, którzy wspólnie przyjęli odpowiedzialność za trzeciego mimo, że mandatum credendi (w prawie pospolitem t. zw. m. qualificatum) również poręką akcesoryjną nie jest, a mimo to C. 4, 18, 3 (a. 531) to dobrodziejstwo mandatorom, a także konstytuentom przyznaje. To też wypowiada końcowy ustęp fragmentu, wedle zgodnej opinii krytyków tekstu interpolowany, nawet i filologicznie błędny (cur z indicativem) [2].

Zostawiając na uboczu kwestyę, dziś jeszcze sporną, czy b. divisionis przyznaje mandatorom już epistula d. Hadriani, czy stało się to pod wpływem jurysprudencyi, czy też jest to beneficium dziełem kompilatorów w celu zrównania mandatorów z confideiussores [3], stwierdzamy wybitną przeciwstawność fideiussio simplex do t. zw. fideiussio indemnitatis, która w prawie klasycznem za specyficzny rodzaj poręki uchodzić nie może, a była raczej mechanizmem zdol-

[1] Levy, Sponsio 149.

[2] Ibid. 153: Girtanner, Die Bürgschaft 102; Sokołowski, Mandatsbürgschaft 87; Eisele, Korrealität u. Solidarität (Arch. f. civ. Prax. 77, 460 i uw. 76. Tenże, Sav. Zeitschr. XIII. 147; Levy, Sponsio 153 uw 1; Geib, Zur Dogm. 161.

[3] Bortolucci, Il mandato di credito, Bull. dell' Ist. di dir. rom. XXVIII. 251, idzie najdalej co do interpolacyi; podczas gdy niemiecka szkoła prawa klasycznego zdanie si enim... kładzie na karb kompilatorów, to szkoła włoska już od słów: nam et przyjmuje interpolacyę, bo przypisywane w C. 4, 18, 3. Hadryanowi beneficium co do mandatorów kładzie na karb kompilatorów.

nym przy obopólnej zgodzie stron uchronić je od ryzyka, jakie kryła w sobie fideiussio simplex tak dla wierzyciela jak dla ręczyciela, która zarazem zdolną była realizować postulat subsydyarności z prawem dochodzenia sukcesywnego wierzytelności i to poprzód przeciw głównemu dłużnikowi a ewentualnie i przeciw gwarantowi.

7) Jul. D. 46, 1, 16, 6: Cum fideiussor hoc modo acceptus esset: »si reus quadraginta, quae ei credidi, non solverit, fide tua esse iubes?«, verisimile est id actum, ut, cum appellatus reus non solvisset, fideiussor teneretur. sed et si reus, antequam appellaretur, decessisset, fideiussor obligatus erit, quia hoc quoque casu verum est reum non solvisse.

I na ten fragment powołują się zwolennicy fideiussio indemnitatis [1] jako specyficznego rodzaju poręki, z którą wiąże się subsydyarność, mimo że fragment ze słów verisimile est id actum raczej pozwala wnosić, że prawnik dalekim jest od myśli uprzedniej skargi a zapewnia, że dług z poręki zapada po bezskutecznem wezwaniu dłużnika, a więc nie dopiero po bezskutecznem jego zapozwaniu. Aby zaś wykluczyć mniemanie, że dług z poręki jest obligiem warunkowym, Julian przykładowo objaśnia, że oblig pure istnieje, choćby dłużnika nie upomniano, jak istnieje, gdy wskutek jego śmierci upomnienie nie było możliwe. Fragment niniejszy traktuje o najzwyczajniejszej fideiussio, a tylko formularz tej poręki opiewa odmiennie, gdyż zwyczajną formą byłoby zapytanie: XL, quae reus spopondit, fide tua esse iubes? Formularz, użyty przez Juliana, stwarza pozór, iż fideiussio jest obligiem warunkowym, podczas gdy właśnie t. zw. fideiussio indemnitatis jako oblig warunkowy różni się od fideiussio simplex jako obligu bezwarunkowego [2].

Fragment ten jednakże wyraźnie wskazuje na inny moment, a mianowicie na to, że samą subsydyarność pojmować można nietylko w postaci uprzedniej skargi, ale także w postaci upomnienia dłużnika, gdyż według brzmienia formularza D. 46, 1, 16, 6... »si reus quadraginta non solverit« wierzyciel pozywając ręczyciela musiał dowieść, iż bezskutecznie upomniał się u dłużnika o zapłatę. Jednak i tak pojęta subsydyarność nie wynikała iure communi z fideiussio jako takiej, gdyż upomnienie nie jest samoistnym wymogiem postawienia dłużnika w zwłokę. Wskazuje ten fragment zarazem, jak

[1] Geib, Zur Dogm. 20, 30 uw. 1, 61 uw. 2.
[2] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 822.

dalekim był Julian od myśli obowiązkowej skargi uprzedniej przy fideiussio, skoro w braku upomnienia wskutek śmierci dłużnika nie przyjmował jakiejkolwiek subsydyarności choćby pomyślanej jako upomnienie dłużnika. To też nie ma uzasadnienia domysł Bortolucci'ego [1], który w podanem wyżej brzmieniu umowy o fideiussio lub w podobnych odchyleniach dopatruje się już w prawie klasycznem b. excussionis przy zwykłej poręce. Julian, przyjmując na zasadzie podanego brzmienia umowy obowiązek uprzedniego upomnienia dłużnika, dalekim jest od myśli sądowego uprzedniego dochodzenia przeciw dłużnikowi [2].

8) Pap. D. 46, 1, 52 pr.: Amissi ruina pignoris damnum tam fideiussioris quam rei promittendi periculum spectat, nec ad rem pertinebit, si fideiussor ita sit acceptus: »quanto minus ex pretio pignoris distracti servari potuerit«: istis enim verbis etiam totum contineri convenit (libro XI. resp.).

Wierzyciel na zabezpieczenie swej pretensyi uzyskał zastaw, a ponadto porękę w formie fideiussio. Papinian poucza, że zniszczenie zastawu dotyka w równym stopniu dłużnika jak i fideiussora, bo, choćby ten ostatni wyraźnie zastrzegł, że ręczy za różnicę między ceną sprzedanego zastawu a kwotą, na którą opiewa dług, toć oczywiście, skoro na nim także spoczęło ryzyko przypadkowego zgaśnięcia zastawu, odpowiada on za całą pretensyę. Złudzenie, iż ma się tutaj wypadek fideiussio indemnitatis [3], polega na podobieństwie formularza przy promissio indemnitatis (quanto minus a Titio consequi possum D. 12, 1, 42 pr. — quanto minus ab illo consecutus sis D. 46, 3, 21 pr.).

W powołanym fragmencie jest mowa o zwyczajnej poręce, podczas gdy stypulacya quanto minus a debitore consequi possis jest gwarancyą za dłużnika, czy to, że on w całości czy w części długu nie uiści. Fideiussio quanto minus ex pretio pignoris distracti servari potuerit godzi się z pojęciem zwykłej fideiussio, ale promissio quanto minus a debitore consecutus sis jest jej przeciwieństwem. Stronie, zwracającej się do Papiniana, widocznie chodziło o nagięcie w mowie będącej zwyczajnej poręki do warunkowej promissio indemnitatis, co uważa Papinian za niedopuszczalne, gdyż ta umowa,

[1] Bortolucci, La fideiussione, Bull. dell' Ist. di dir. rom. XVII. 303.
[2] Por. Levy, Sponsio 152 w uw.
[3] Geib, Zur Dogm. 205. Za fideiussio simplex Levy, Sponsio, uw. 3 str. 152 (w środku).

w myśl dobitnych wyłuszczań Papiniana (D. 45, 1, 116), jako założenie przyjmuje poprzednią skargę i bezskuteczną egzekucyę przeciw głównemu dłużnikowi, którego to założenia niepodobna wysnuć z przedłożonego formularza. Można się nawet domyślać, że co do znaczenia klauzuli, podanej w tym fragmencie, istniały różnice poglądów, na co wskazywałby reskrypt z r. 242. C. 8, 40, 17. [1].

B. Obecnie należy zająć się tymi ustępami źródeł, które ex professo traktują o promissio indemnitatis i tę promissio przeciwstawiają typowej fideiussio iuris communis.

B. 1) Gai. D. 50, 16, 150: Si ita a te stipulatus fuero: »quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes?«, non solet dubitari, quin, si nihil a Titio fuero consecutus, totum debeas quod Titius debuerit.

2) Pap. D. 45, 1, 116: Decem stipulatus a Titio postea, quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire. sed et-si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi iudicatum Titius fecerit [2]. Paulus notat: non enim sunt duo rei Maevius et Titius eiusdem obligationis, sed Maevius sub condicione debet, si a Titio exigi non poterit: igitur nec Titio convento Maevius liberatur (qui an debiturus sit incertum est) et solvente Titio non liberatur Maevius (qui nec tenebatur), cum condicio stipulationis deficit, nec Maevius pendente stipulationis condicione recte potest conveniri: a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur.

3) Paul. D. 46. 3, 21: Si decem stipulatus a Titio deinde stipuleris a Seio, quanto minus ab illo consecutus sis: etsi decem petieris a Titio, non tamen absolvitur Seius: quid enim, si condemnatus Titius nihil facere potest? [3] sed et si cum Seio prius egeris, Titius in nullam partem liberatur: incertum quippe est, an omnino Seius debiturus sit: denique si totum Titius solverit, nec debitor fuisse videbitur Seius, quia condicio eius deficit (defecerit) [4].

---

[1] Geib, 20 i uw. 3, powołuje nadto D. 46, 1, 63. sam jednak przyznaje, że ten fragment traktuje o zwykłej fideiussio.

[2] Tryb? Eisele, Weitere Studien, Sav. Zeitschr. XXX. 142 n.

[3] Beseler, Beiträge IV. 229.

[4] Vassalli, Dies vel condicio, Bull. dell' Ist. di dir. rom. XXVII. 229 uwaga 1.

4) Celsus D. 12, 1, 42 pr.: Si ego decem stipulatus a Titio deinceps stipuler a Seio, quanto minus a Titio consequi possim: si decem petiero a Titio, non liberatur Seius, alioquin nequicquam mihi cavetur: at si iudicatum fecerit Titius, nihil ultra Seius tenebitur, sed si cum Seio egero, quantumcumque est quo minus a Titio exigere potuero eo tempore, quo iudicium inter me et Seium acceptum est, tanto minus a Titio postea petere possum.

Znamiennym momentem powołanych fragmentów jest przedewszystkiem wspólna podstawa faktyczna poddana ocenie prawnej. Czteroosobowe grono Koryfeuszów analizuje znaczenie obligu »quanto minus a Titio consecutus fuero tantum dare spondes«, mając widocznie na oku powszechnie używany formularz. Charakterystycznem jest i to, że w stosunkowo obszernej analizie tej umowy, promitenta nigdzie nie nazwano fideiussorem. Część pozytywna analizy u wszystkich prawników jest identyczna, a mianowicie; 1) Kategoryczne zaprzeczenie, i to przedewszystkiem, jakoby przez litis contestatio z głównym dłużnikiem miała miejsce konsumpcya skargi przeciw gwarantowi, więc zaprzeczenie istnienia fideiussio, przy której id(em) konsumuje skargę przeciw innym, 2) stwierdzenie, że oblig promitenta wiąże go tak długo, póki dłużnik główny nie uiści się w całości. Jak to ma być stwierdzone, że główny dłużnik nie uiścił się w całości? Wskazówką w tej mierze są słowa i zwroty »si nihil a Titio fuero consecutus — si a Titio exigi non poterit — si condemnatus Titius nihil facere potuerit — ante Titium excussum non recte petetur — at si iudicatum fecerit Titius, nihil ultra Seius tenebitur.

Zwroty powyższe wskazują wyraźnie, że wyniesienie skargi, kondemnacya i uczynienie jej zadość zwalniają gwaranta, przeciwnie jak przy poręce (fideiussio simplex), przy której sama skarga bez względu na jej wynik, więc choćby egzekucya (excuttere) nie dała wyniku dodatniego, zwalnia ręczyciela. Skoro skarga i bezskuteczna egzekucya przeciw dłużnikowi otwierała dopiero drogę dochodzenia przeciw gwarantowi, toć oczywiście ten rodzaj gwarancyi realizował postulat subsydyarności przez środek uprzedniej skargi.

W tym jednak punkcie występuje różnica poglądów między Papinianem i Paulusem z jednej, a Celsusem z drugiej strony. Z największą precyzyą wypowiada się Papinian: Ani skarga, ani nawet kondemnacya z okazyi pierwszej litis contestatio z dłużnikiem ani

litis contestatio druga z okazyi actio iudicati przeciw dłużnikowi nie zwolni gwaranta nisi iudicatum fecerit Titius (główny dłużnik); dodaje konsekwentnie Paulus, że bez wpływu na zwolnienie gwaranta będzie kondemnacya w razie bezskutecznej egzekucyi Titiusa, potwierdza to i Celsus, że dopiero po uczynieniu zadość treści wyroku (at si iudicatum fecerit), będzie wolnym promitent (gwarant). Zgodność poglądów urywa się jednak w punkcie tym, że według Papiniana, mniej stanowczo według Paulusa, skarga przeciw gwarantowi dopuszczalna jest dopiero po uprzedniem przeprowadzeniu sporu i egzekucyi przeciw dłużnikowi, podczas gdy Celsus najwidoczniej i przy tego rodzaju promissio indemnitatis przyjmuje liberam electionem, t. zn., że wierzyciel, nie osiągnąwszy zaspokojenia w drodze choćby pozasądowej od głównego dłużnika, zwrócić się może ze skargą poprzód przeciw gwarantowi, przyczem nie omieszkał Celsus oświetlić konsekwencyi takiego kroku wierzyciela, kroku, wykluczonego przez Papiniana.

Czem ten brak zgodności poglądów w tym punkcie tłómaczyć? Jedynie tem, że Celsus w przeciwieństwie do swoich następców uważa za zbędne sądowe stwierdzenie niewypłacalności dłużnika głównego i zadawalnia się tejże niewypłacalności pozasądowem skonstatowaniem [1]. Przyznając atoli wierzycielowi tak daleko idącą ulgę, obciąża go zarazem tenże Celsus i pewną niekorzyścią. Zapowiada mu: Jeśliś pozwał poprzód głównego dłużnika, to gwarant pozostaje w obligu i dopiero spełnienie treści sentencyi (at si iudicatum fecerit) zwolni gwaranta. Ale jeśliś poprzód pozwał gwaranta (czego dopuszczalność Papinian wyklucza), to w razie niefortunnego dla ciebie wyniku sporu z nim, możesz pozwać głównego dłużnika nie o cały dług, tylko o kwotę pomniejszoną o tę kwotę, która była ustalona w chwili wczęcia sporu (litis contestatio) z gwarantem. To chyba znaczy, że choćby wierzyciel w procesie z gwarantem poprzód pozwanym nie osiągnął kwoty zaskarżonej, to będzie to jego stratą, bo od głównego dłużnika żądać będzie mógł długu pomniejszonego o tę kwotę, której skargą poprzednią w chwili litis contestatio domagał się od gwaranta, choćby później wypłacalność głównego dłużnika uległa poprawie.

Powstaje pytanie, jak tłómaczyć to stanowisko Celsusa Levy [2]?

[1] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 823; Levy, Sponsio 151 uw. 3.

[2] Levy, Sponsio 150 uw. 3.

analizując subtelnie opinię Celsusa i dociekając różnicy w tym punkcie z opinią Papiniana i Paulusa wywodzi, że Celsus, uznając wbrew swoim następcom dopuszczalność skargi przeciw gwarantowi bez uprzedniego dochodzenia sądowego przeciw głównemu dłużnikowi, uważa za rzecz konieczną ustalenie chwili, wedle której niedobór winien być określony. Tak jak w razie wyniesienia skargi najpierw przeciw głównemu dłużnikowi, gwarant odpowiada za tyle, ile od głównego dłużnika nie udało się ściągnąć biorąc za podstawę moment litis contestationis z okazyi skargi przeciw gwarantowi, to tak samo zdaniem Celsusa, i w razie wyniesienia skargi naprzód przeciw gwarantowi ustalić należy w związku z niewypłacalnością głównego dłużnika pozasądownie stwierdzić się mającą sumę niedoboru, gdyż o kwotę tego niedoboru zmniejszyć się musi kwota, której będzie mógł dochodzić wierzyciel ewentualnie przeciw głównemu dłużnikowi. Więc w świetle wywodów Levy'ego wedle Papiniana-Paulusa, stojących na stanowisku konieczności uprzedniej skargi przeciw głównemu dłużnikowi, skarga przeciw gwarantowi pójdzie o kwotę niewyegzekwowaną przeciw dłużnikowi (nisi iudicatum Titius fecerit), wedle Celsusa zaś, który dopuszcza dochodzenie wpierw przeciw gwarantowi, skarga przeciw głównemu dłużnikowi pójdzie o sumę zmniejszoną o kwotę poprzednią litis contestatione przeciw gwarantowi objętą. Wynika więc z tego, że według Celsusa było rzeczą ryzykowną skarżyć naprzód gwaranta, a bezpieczniejszą najpierw skarżyć głównego dłużnika, salwując sobie możność dochodzenia całego niedoboru po bezskutecznej egzekucyi przeciw głównemu dłużnikowi (post Titium excussum).

Wywody Levy'ego w tym punkcie nie dają jednak odpowiedzi, któraby usprawiedliwiała tak rygorystyczne potraktowanie przez Celsusa wierzyciela, w razie skorzystania ze swobody zaskarżenia naprzód gwaranta, której dopuszczalność Celsus uznaje.

Uzasadnienia opinii Celsusa szukać należy w odmiennej ocenie przez niego obligu gwaranta w stosunku do obligu głównego dłużnika. Mimo warunkowej struktury obligu gwaranta, mimo incertum co do przedmiotu obligu gwaranta, Celsus oba te obligi traktuje jako obligi łączne, pojmuje id(em) w znaczeniu obszerniejszem, wskazującem tylko na związek z obligiem głównego dłużnika [1]. Celsus oblig promittenta pojmuje jako istniejący już w chwili

[1] Pernice, Parerga, Sav. Zeitschr. XIX. 182 uw. 4: idem nie uważa za niewątpliwe, a raczej za wkręt późniejszy lub za dowolną zmianę pierwot-

nawiązywania stosunku obowiązkowego, podczas gdy Papinian-Paulus powstanie obligu wiążą dopiero z chwilą bezskutecznej skargi i exkussyi przeciw dłużnikowi, czem się tłómaczy po stronie Celsusa dopuszczalność skargi przeciw gwarantowi przed wniesieniem skargi przeciw dłużnikowi. Według Celsusa już w chwili nawiązania w mowie będących obligów, reus i adpromissor odpowiadają łącznie, to znaczy, że wierzyciel może pozywać każdego o cały dług, może, ale nie musi, gdyż skarga przeciw obu o cały dług jest jego przywilejem, a nie narzuconym mu ciężarem, więc jest zarazem prawem wierzyciela pozywać łącznych dłużników o części, o partes długu [1].

Gai. D. 15, 1, 27, 3: Illud quoque placuit, quod et Julianus probat, omnimodo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum [2].

W wypadku Celsusa wierzyciel wobec brzmienia klauzuli quanto minus a Titio consequi possim, mógł (D. 12, 1, 42.) dividere actionem i o to skarżyć gwaranta, czego w drodze pozasądowej nie zdołał uzyskać od głównego dłużnika. Jest więc tylko prostą konsekwencyą, płynącą z prawa podziału skargi, że bez względu na ostateczny wynik dochodzenia przeciw gwarantowi, będzie wierzyciel zmuszony do zredukowania skargi przeciw dłużnikowi o kwotę poprzednio zaskarżoną przeciw gwarantowi, gdyż przeciw nim obu dopuszczalna actio w części swej jednej już została skonsumowana tak, że tylko jeszcze część jej nieskonsumowana pozostaje do dyspozycyi przeciw głównemu dłużnikowi.

I teraz dopiero, stając na stanowisku słuszności, można ocenić praktyczną wartość odmiennych konstrukcyi odnośnie do indemnizacyjnej stypulacyi Celsusa z jednej a Papiniana - Paulusa z drugiej strony.

Według Celsusa wierzyciel, obwarowując się gwarancyą quanto minus a Titio (główny dłużnik) consequi possim, miał wprawdzie swobodę bez uprzedniej skargi pozwać o resztę długu gwaranta, ale ryzykował, w razie nieściągnięcia jej od gwaranta, niemożność dochodzenia jej przeciw dłużnikowi, albowiem bez względu na wysokość zalegającej kwoty skarga przeciw dłużnikowi nie mogła objąć

nego id; por. Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 818 uw. 4 i Geib, Zur Dogm. 65.

[1] Levy, Konkurrenz I. 263.

[2] Por. Pomp. D. 30, (I), 8, 1; Pap. D. 45, 2, 11 pr.; Pap. D. 46, 1, 51, 2; Ulp. D. 45, 2, 3, 1; Paul. D. 17, 1, 59, 3, C. 8, 40, 23. (interp. Levy, Konkurrenz I. 244); Girard-Mayr, Gesch. d. rom. Rechts. II. 808 i uw. 3.

kwoty przez wierzyciela divisa actione przeciw gwarantowi w poprzednim procesie dochodzonej. W tym punkcie Paulus D. 46, 3, 21, mimo, że wzmiankuje o dopuszczalności skargi poprzód (electio) przeciw gwarantowi, wyraźnie zastrzega, że Titius, (główny dłużnik) in nullam partem liberatur, gdyż jest niepewnem, mówi Paulus, an omnino Seius debiturus sit.

Według konstrukcyi Papiniana-Paulusa, pojęciowo odbiegającej od konstrukcyi Celsusa a upatrującej w klauzuli quanto minus ...incertum ewentualnej szkody wierzyciela, oblig gwaranta staje się aktualnym dopiero po wniesieniu skargi i bezskutecznej egzekucyi przeciw głównemu dłużnikowi, ale też wtedy niedobór jest definitywnie ustalony i promitent za ten cały niedobór odpowiada. Konstrukcya Papiniana-Paulusa, omijająca trudności procesualnej konsumpcyi przy promissio (fideiussio) indemnitatis jest praktyczna, odpowiada woli stron i postulatom słuszności. Konstrukcya Celsusa, stojąc na stanowisku swobodnego wyboru skargi przeciw obu biernym podmiotom i posługując się środkiem podziału skargi, nie jest w stanie wyminąć tej trudności, że oba bierne podmioty stoją w stosunku konsumpcyjnym, wskutek czego zamierzony cel zabezpieczenia wierzytelności przy pozostawieniu swobody w wyborze pozwanego w całości nie był do osiągnięcia.

Inaczej widoczną różnicę zdań i praktyczne jej konsekwencye między Celsusem a Papinianem-Paulusem stara się wyświetlić Salkowski[1]. W przyrzeczeniu quanto minus a Titio (główny dłużnik) consequi possis nie wolno dopatrywać się nowacyi, a przeto może wierzyciel skarżyć, wobec nieistnienia nowacyi głównego dłużnika, a skarga przeciw niemu, o ile nie uczyni zadość treści iudicatum, nie zwalnia gwaranta. O ileby atoli gwarant przed exkussyą dłużnika wdał się w spór z wierzycielem i zasądzony treści iudicatum nie spełnił, to — twierdzi Salkowski — według Paulusa może wierzyciel niedoboru dochodzić przeciw głównemu dłużnikowi wobec nieistnienia nowacyi. I w tym to punkcie inaczej ocenia rzecz Celsus. Jeśli w chwili litis contestatio z Seiusem (gwarantem) o nieściągnięte 6 (reszta dłużnych 10) od Titiusa, gwarant zasądzony, był jednak niewypłacalny, to o ten niedobór głównego dłużnika wierzyciel skarżyć nie może, czyli, że owych 6 wierzyciel straci, albowiem wedle Salkowskiego Celsus uważa obu jako stojących w stosunku korealnym

[1] Salkowski, Zur Lehre von der Novation 238, 241, 242.

(duo rei eiusdem obligationis), wskutek czego skarga przeciw gwarantowi konsumuje co do owej nieściągniętej od niego części, także skargę przeciw głównemu dłużnikowi. Domysł atoli Salkowskiego, że Celsus dłużnika i gwaranta kojarzy w stosunku korealnym, o tyle jest ryzykowny, że gdyby to przyjąć, to musiałby był Celsus i w wypadku zapozwania poprzód dłużnika zwolnić gwaranta, a on temu aż do spełnienia treści iudicatum najkategoryczniej przeczy, a to dlatego, że w razie pozwania poprzód dłużnika rozmiar niedoboru jest szkodą wierzyciela, której od gwaranta dochodzić może. Natomiast jeśli wierzyciel poprzód bez sądowego dochodzenia przeciw dłużnikowi pozywa gwaranta, to w braku określenia niedoboru przez skargę i bezskuteczną egzekucyę, skarga wierzyciela przeciw gwarantowi nie jest skargą o powetowanie szkody, ale skargą o część długu należnego wierzycielowi, skargą podzieloną (a. divisa) jak to wyżej staraliśmy się wykazać. Ta część w odniesieniu do kwoty przeciw gwarantowi zaskarżonej została wedle Celsusa bezpowrotnie skonsumowaną.

Być może, że ów wynik, do którego dochodzi Celsus, wynik z poczuciem słuszności z trudnością dający się pogodzić, był bodźcem dla Papiniana - Paulusa do postawienia także teoretycznej konstrukcyi owej stypulacyi indemnizacyjnej, tak zasadniczo różnej od fideiussio simplex.

Co do konstrukcyi jednak ma głos Paulus, może wśród wszystkich rzymskich jurystów największy teoretyk, w logicznych syllogizmach cięty [1]. Do rozstrzygnięcia Papiniana (fr. 116 cyt.) dodaje Paulus obszerną notę tej treści, że oblig gwaranta jest warunkowy, w ślad za czem nie jest pewnem na razie, czy gwarant jest związany(!) gdyż definitywne związanie gwaranta ma miejsce dopiero po zasądzeniu i bezskutecznej egzekucyi głównego dłużnika, w okresie trwania zawieszenia nie można skutecznie pozwać gwaranta (denegatio actionis, czy exceptio doli przeciw ipso iure dopuszczalnej skardze — pomija Paulus!). W dalszym ciągu przez figurę retrotrakcyi w razie uiszczenia długu przez głównego dłużnika dochodzi Paulus do wniosku, że wogóle gwarant nie odpowiadał (non tenebatur), skoro wskutek zapłaty przez głównego dłużnika warunek jego aktualnej odpowiedzialności się nie ziścił. Więc w razie zapłaty przez głównego dłużnika, gwarant »non liberatur, qui nec tenebatur, cum

[1] Siber, Röm. Recht I. 59.

condicio stipulationis deficit«. I tu niestety ręka kompilatorów, niedająca się jednak pozytywnie schwycić, stawia teoretyka Paulusa wobec czytelnika w sytuacyi wprost żenującej, bo oto ten sam Paulus w wzmiankowanej nocie raz mówi qui sub condicione debet, a drugi raz qui nec tenebatur cum condicio stipulationis deficit(!) a wedle fragmentu z dzieła ad Sabinum (Paul. D. 46, 3, 21) w odniesieniu do takiejżeż samej promissio indemnitatis (fr. 116 cyt.) przecież oświadcza: »Et si decem petieris a Titio non tamen absolvitur Seius«, ale co więcej, najspokojniej powraca w dalszym ciągu do swych wywodów, wyłuszczonych w nocie do opinii Papiniana, że sposobem retrotrakcyi patrząc na rzecz, w razie zapłaty przez głównego dłużnika, gwaranta wogóle nie należy uważać za dłużnika.

Z pewnością w miarę oczyszczania tekstów z Tryboniańskich ozdób, zaoszczędzonym będzie Paulusowi zarzut sprzeczności z samym sobą, jaki snućby przeciw niemu było wolno analizując powołane fragmenty.

Pomijając atoli kwestyę oceny obligu warunkowego [1] gdyż nim się zajmuje Paulus w swoich przez Bizantyńców zniekształconych dociekaniach [2], antyteza do konstrukcyi Celsusa co do promissio indemnitatis jest wprost wpadająca w oko. Celsus trzyma gwaranta w obligu od chwili zeznania kaucyi, aż do spełnienia judykatu przez dłużnika, bo mówi; alioquin nequicquam mihi cavetur, gdyż oblig staje się bezprzedmiotowym dopiero po dopełnieniu treści sentencyi, zapadłej przeciw głównemu dłużnikowi. Paulus, według kompilatorskiej przeróbki tekstu, jakkolwiek w zgodzie z Celsusem, nie wypuszcza z obligu gwaranta po wyniesieniu skargi przeciw głównemu dłużnikowi, to z drugiej strony, w razie zaspokojenia przez głównego dłużnika przeczy, jakoby wogóle gwarant był w obligu, ex post anuluje oblig, którego istnienie, nim zapłata nastąpiła, podtrzymywał, nietylko w chwili litis contestatio z głównym dłużnikiem, ale nawet po jego kondemnacyi.

Jedno jednak jest pewnem, że owo czteroosobowe grono wy-

[1] Siber, Röm. Recht II. 420; Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 516. Co do kwestyi, czy ziszczenie warunku działa deklaratywnie, czy konstytutywnie, według Girard'a prawnicy rzymscy stawali bądź na jednem, bądź na drugiem stanowisku, zależnie od tego, co lepiej odpowiadało praktycznemu rozstrzygnięciu danego wypadku, por. Mitteis, Röm. Privatrecht 176.

[2] Na interpolacyę wskazuje Beseler, Beiträge IV. 229, Vassalli, Bull. dell' Ist. di dir. rom. XXVII. 229 uw. 1.

bitnych Koryfeuszów z całą stanowczością odrzuca myśl, jakoby litis contestatio z głównym dłużnikiem zwalniała gwaranta, co jest niechybną i konieczną konsekwencyą przy fideiussio.

5) Pozytywne wreszcie oparcie pojęciowej różnicy między fideiussio simplex a t. zw. fideiussio indemnitatis znajdujemy w opinii Africana D. 16, 1, 19, 4, dotąd dla tej kwestyi niezużytkowanej.

5) Afric. D. 16, 1, 19, 4: Quid ergo si, cum propterea de adeunda hereditate dubitaret Titius, quod parum idonea nomina debitorum viderentur, mulier hoc ipsum repromisit, ut, quanto minus a quoquo eorum servari posset, ipsa praestaret? prope est, ut sit intercessio.

Titius waha się z przyjęciem spadku, mając wątpliwość co do wypłacalności dłużników spadkowych. W tej sytuacyi interweniuje kobieta na rzecz dobrej wypłacalności poszczególnych dłużników i zeznaje wobec Titiusa, przyszłego dziedzica i wierzyciela zarazem, kaucyę quanto minus a quoquo eorum servari posset, kaucyę o stereotypowem brzmieniu znanem nam z poprzednich ustępów źródeł, o promissio indemnitatis ex professo traktujących. Dla prawnika ważną jest kwestya, czy w tak zeznanej kaucyi wolno się dopatrywać zakazanej kobietom intercessyi, która wedle tenoru Senatus Consultum Velleianum (D. 16, 1, 2, 1.) przychodziła do skutku w formie fideiussio lub mutui dationes pro aliis. (szersze ujęcie podaje Aleksander Severus C. 4, 21, 4)[1]. Odpowiedź prawnika w tej kwestyi nie pozostawia żadnej co do tego wątpliwości, że nie utożsamia on takiej kaucyi z fideiussio (= intercessio), lecz mówi; prope est, ut sit intercessio, co chyba znaczy, że podobnie jak Papinian w D. 27, 7, 7, przyznaje kawentom beneficium divisionis, chociaż nie są fideiussores, a jeno onus fideiussorum na swe barki wzięli, tak Africanus w kaucyi quanto minus a quoquo eorum servari posset nie upatrując fideiussio, przecież widzi grożące kobiecie niebezpieczeństwo poniesienia za dług ją nieobchodzący ofiar materyalnych, przed któremi ma ją Senatus Consultum chronić. A ta opinia Africani ma tem donioślejsze znaczenie, że, jak wynika z wzmianki w fr. 19 §. 1 D. 16, 1. (ubi similiter se respondisse Julianus ait) Africanus w ks. 4 swoich Quaestionum czerpał z pism Juliana[2].

Africanus podobnie jak Papinian, podtrzymując strukturalną

[1] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 837.

[2] Por. Sokołowski, Mandatsbürgschaft 79 n.; Bortolucci, Il mandato Bull. XXVIII. 241 uw. 1 i Tamże XXVII. 303 uw. 1.

różnicę między fideiussio a promissio indemnitatis, powodowany względami praktycznymi i poczuciem słuszności, co do pewnych momentów (beneficium divisionis, Sc. Velleianum) skłonnym jest i promissio indemnitatis traktować jak fideiussio.

Promissio indemnitatis jako samoistny oblig warunkowy [1] wiązała gwaranta aż do zaspokojenia wierzyciela, dając mu z drugiej strony tę ulgę w stosunku do wierzyciela, że według stanu z ostatniej doby jurysprudencyi klasycznej mógł spokojnie odczekać skargi i jej wyniku przeciw głównemu dłużnikowi. To właśnie, uwydatniając kontrast między fideiussio a promissio indemnitatis, podkreślają zgodnie Gaius, Papinian — Paulus. — Si nihil a Titio fuero consecutus (Gaius), nisi iudicatum Titius fecerit, (Papinian) — quid enim si condemnatus Titius nihil facere potest (Paulus).

Więc jeśli między stronami stanął oblig tej treści: si reus quadriginta non solverit fide tua esse iubes (D. 46, 1, 16, 6.), to niewątpliwie była to fideiussio, wierzyciel pozwawszy głównego dłużnika, do czego zmuszały go względy etyczno-społeczne, wskutek konsumpcyi skargi zwalniał fideiussora bez względu na ostateczny effektywny wynik sporu. Natomiast, jeśli stanął między stronami oblig tej treści: »quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes? z czem łączyła się ewentualność, iż promitent nawet cały dług głównego dłużnika będzie musiał pokryć (fr. 116 cyt.), to taki oblig rdzennie odmienny od poprzedniego stawiał wierzyciela i promitenta w całkiem innej pozycyi prawnej niż oblig poprzedni. Wobec łudząco podobnych oświadczeń stron, jak je nam podają powołane formularze, w codziennym obrocie zupełnie możliwe były nieporozumienia i naleganie na prawników o wydanie pouczenia. Stąd tak często w powołanych źródłach stwierdzenie. że skarga przeciw głównemu dłużnikowi nie zwalnia promitenta, gdyż promissio indemnitatis nie jest fideiussio simplex. Ale takie pouczenie, trafne zresztą, ono stronie interesowanej jeszcze nie wystarczało, strona rada wiedzieć, co stać się musi, by ona szczęśliwie z obligu wyszła. I właśnie słowa: at si iudicatum fecerit Titius — nisi iudicatum Titius fecerit — si condemnatus Titius nihil facere potest, z wszelką możliwą precyzyą wskazują interesowanym pozytywną ewentualnośc

[1] Girard-Mayr, Gesch. d. rom. Rechts II. 822, Vangerov, Lehrb. d. Pand. § 578. uw. 4. mówi o: von selbst verstehende Bedingung 141. 142; Por. Siber, Rom. Recht II. 420.

zwolnienia się z obligu promissione indemnitatis zaciągniętego. Praktyczna wartość owych rozstrzygnięć leży właśnie w przytoczonych zwrotach. I dlatego przeciwstawić się należy twierdzeniu Eiselego [1], który interpretując Pap. D. 45, 1, 116. w oderwaniu od innych źródeł. przypisuje słowa nisi iudicatum fecerit Titius kompilatorom, rzekomo z tego powodu, iż oni mając na oku uchyloną przez C. 8, 40, (41), 28, konsumpcyę odnośnie do korealności i poręki, w niezgrabny sposób dali temu wyraz przez wplecenie w tekst zdania zbędnego nisi... albowiem, mówi Eisele, myśl fragmentu bez tych słów jest przejrzysta, gdyż prawnik podaje, że stypulacya quanto minus ab eo consequi posses w razie zapozwania dłużnika, nie niweczy skargi przeciw promittentowi.

Lecz przeciw interpolacyi przemawia głównie to, że jeśliby przyjąć w fr. 116, cyt. owo zdanie nisi... jako wstawkę kompilatorską, do czego brak wszelkich innych danych, to należałoby jako interpolacyę uznać słowa Celsusa w D. 12, 1, 42. w odniesieniu do zupełnie identycznego wypadku: at si iudicatum fecerit Titius, nihil ultro Seius tenebitur, a przecież ani Eisele ani nikt przed nim lub po nim autentyczności powołanego wyżej tekstu Celsusa nie próbował poddać w wątpliwość.

Reasumując dochodzimy do wniosku: 1) że uprzednia skarga przy promissio wzgl. fideiussio indemnitatis jest wynikiem struktury tego tworu prawnego, a nie wynikiem wprowadzenia vi legis ulgi (auxilium) dla ręczyciela, co było myślą przewodnią now. 4 odnośnie do właściwej poręki, (neque debitore neglecto intercessoribus molestus sit... nov. 4 c. 1. 2) że zbliżenie fideiussio simplex do promissio indemnitatis, pochodzi dopiero od redaktorów Codicis Veteris (C. 5, 57, 2, 2,) i to tylko w odniesieniu do stip. r. pupilli s. fore, którą to porękę redaktorowie I. Kodeksu stawiają na równi z kaucyą indemnizacyjną, za czem poszło, że teorya pandektowa taką kaucyę za specyficzny rodzaj poręki uważa i w nazwie fideiussio indemnitatis to uwydatnia, bliżej zresztą tego tworu prawnego nie analizując [2].

[1] Eisele, Weitere Studien, Sav. Zschr. XXX. 142; por. Corpus iuris I. p. 922. ad fr. 116. 4 c.

[2] Tą analizą zajął się obszernie Geib, Zur Dogm., powołując się na uwagę Leysera med. sp. § 9: doctrina de fideiussore indemnitatis multis involuta est tenebris (por. niżej C.).

C. Obecnie rozważyć należy fideiussio indemnitatis według konstrukcyi Geib'a.

Zdawałoby się, że wobec wyżej powołanych tekstów, zdanie ongiś wypowiedziane przez Kellera [1], iż w t. zw. fideiussio indemnitatis nie należy upatrywać odrębnego rodzaju poręki, a raczej różną od poręki formalną umowę gwarancyjną, zdobędzie sobie w nauce romanistycznej ogólne uznanie zwłaszcza, że zdanie to, niezależnie od Kellera [1], poparli w nowszych czasach Sokołowski i Levy. Tak się jednak nie stało. W obronie fideiussio indemnitatis jako sui generis rodzaju akcesoryjnej poręki wystąpił Geib [2], a uzbroiwszy się w sporą dozę sofistyki i rozmiłowany w swojej apriorystycznie obmyślanej konstrukcyi umiał tak dalece na usługi tej konstrukcyi nagiąć źródła, że pozyskał dla niej Kippa, który w ostatniem wydaniu pandektów Windscheid'a [3] ową konstrukcyę Geiba aprobuje.

Geib zaobserwował doskonale niebezpieczeństwa, jakie w związku z litis contestatio zagrażają wierzycielowi zabezpieczającemu się przez ręczyciela, zarazem uznaje tendencyę rzymskiego prawa uwydatnić się mającą w subsydyarności poręki. Fideiussio simplex owego ryzyka wierzyciela i owej tendencyi subsydyarności pogodzić ze sobą nie może, gdyż wierzyciel zaskarżywszy poprzód głównego dłużnika gwoli zastosowania się do owej tendencyi przeprawia się o utratę skargi przeciw ręczycielowi. I właśnie fideiussio indemnitatis wedle konstrukcyi Geib'a zdolna jest pogodzić ze sobą owe sprzeczne interesa wierzyciela z jednej, a fideiussora z drugiej strony. W fideiussio indemnitatis widzi Geib porękę za główny dług, za taki mianowicie, jakim on będzie po wniesieniu skargi przeciw głównemu dłużnikowi, gdyż tylko tak pomyślana fideiussio realizuje tendencyę subsydyarności poręki i chroni wierzyciela aż do czasu wydania C. 8, 40, 28 (531), przed niebezpieczeństwem procesualnej konsumpcyi.

Zastanawia przedewszystkiem, dlaczego to Geib wbrew oczywistej terminologii źródeł stipulatio wzgl. promissio indemnitatis woli nazwę fideiussio indemnitatis. Oto dlatego, że nie o nazwę tu idzie, ale o istotną treść. Geib ma pełną świadomość antytezy między jednem a drugiem — promissio indemnitatis jest samoistnym obli-

[1] Keller, Litiscontestation u. Urteil 563 n.; Sokołowski, Mandatsbürgschaft 6 n.

[2] Geib, Zur Dogmatik des röm. Bürgschaftsrechts 17 n.

[3] Windscheid, Pandekten II. § 478. uw. 1.

giem warunkowym, fideiussio indemnitatis jest obligiem dodatkowym (akcessoryjnym). A tę akcesoryjność, a więc porękę w technicznem znaczenia da się utrzymać, odsuwając powstanie obligu ręczyciela mimo dziś zawartej umowy, do chwili litis contestatio z głównym dłużnikiem. Ręczyciel odpowiada nie za idem z chwili nawiązania poręki, on odpowiada za idem, zaistnieć mające post litem contestatam. Wedle pomysłu Geib'a fideiussio indemnitatis stwarza odpowiedzialność ręczyciela za dług z iudicatum przeciw głównemu dłużnikowi, odpowiedzialność akcesoryjną, której konsekwencyą być musi według uwagi polemicznej Levy'ego [1]: a) litis contestatio z actio iudicati wyniesionej po kondemnacyi głównego dłużnika (iudicatum facere), która to a. iudicati jest zarazem wstępem do egzekucyi — zwalnia ręczyciela, b) a. iudicati z ręczycielem zwalnia głównego dłużnika, w obu wypadkach bez względu na to, czy i w jakich granicach nastąpiło przez jednego czy przez drugiego zaspokojenie z iudicatum.

Wprawdzie Geib na poparcie tych konsekwencyj powołuje w znacznem skróceniu wyżej in extenso przytoczone źródła, jednak są one raczej dekoracyą dla dodania blasku własnej konstrukcyi, a w żadnej mierze treścią swą owej konstrukcyi nie wspierają. Papinian mówi wyraźnie: gwarant przy promissio indemnitatis odpowiada, »nisi iudicatum Titius fecerit« według Geib'a powinien byłby Papinian powiedzieć »nisi iudicati iudicium Titius (główny dłużnik) accepterit«. Paulus mówi wyraźnie: a Maevio ante Titium excussum non recte petetur«, według Geib'a, już z litis contestatio z actio iudicati gaśnie oblig Maeviusa (gwaranta), jak gaśnie oblig głównego dłużnika w razie wyniesienia a. iudicati przeciw ręczycielowi. Ale wedle Celsusa, jak wyżej wspomniano, wystarcza pozasądowe stwierdzenie niewypłacalności głównego dłużnika, i to już umożliwia wyniesienie skargi przeciw gwarantowi z tem, że o tyle mniej może potem wierzyciel dochodzić przeciw głównemu dłużnikowi. Więc główny dłużnik nie był jeszcze pozwany, więc i nie jest iudicatus, a przecież skarga w pierwszym procesie z gwarantem, który wedle konstrukcyi Geib'a jeszcze nie wszedł w oblig wobec braku litis contestatio z głównym dłużnikiem, według Celsusa powoduje zmniejszenie długu (fc. 42, D. 12, 1: tanto minus a Titio postea petere possum).

[1] Levy, Sponsio 150.

Zauważono już, że w danym wypadku tak wierzycielowi jak ręczycielom mogła niedogadzać, jednemu groźba procesualnej konsumpcyi, drugim skarga z pominięciem w danym wypadku niepewnego co do wypłacalności dłużnika głównego, że zatem w tym wypadku obie strony dążyły do stworzenia sytuacyi wykluczającej owe niepewne, a wszak dotkliwe ewentualności. Gwaranci w miejsce poręki zeznają promissionem indemnitatis; wierzyciel musi poprzód pozwać dłużnika, ale w razie nieuzyskania zapłaty lub nieuzyskania zapłaty w całości ma zapewnioną skargę przeciw gwarantowi. Przecież Papinian (D. 27, 7, 7) nam mówi, że ręczyciele, którzy za tutora zeznali porękę: rem pupilli salvam fore, domagają się od pupila, który już wyszedł z opieki, tutorem adulescens ut ante conveniret, by naprzód pozwał tutora, i że adulescens rezygnując z poręki zadowalnia się kaucyą zwrotu należności od byłych ręczycieli tutora, a obecnie dłużników pryncypalnych: (se redituros quod ab eo servari non potuisset). Nigdzie w poprzednio omawianych ustępach źródeł niema wzmianki, że samo już wyniesienie skargi jako actio iudicati przeciw głównemu dłużnikowi zwalnia gwaranta, ale z możliwą precyzyą podkreślają Celsus, Papinian, Paulus, że nie skarga, ani kondemnacya, ani actio iudicati, ale efektywna zapłata kładzie kres odpowiedzialności gwaranta, jak z drugiej strony brak zapłaty ze strony zasądzonego dłużnika uzasadnia sukcesywną skargę przeciw gwarantowi. Więc tylekroć wzmiankowani prawnicy rzymscy w promissio indemnitatis widzą odpowiedni środek wyminięcia trudności, wynikających z fideiussio simplex. Konstrukcya Geib'a, przesuwająca powstanie obligu gwaranta przy promissio indemnitatis do nastąpić mającej litis contestatio z głównym dłużnikiem, upatrująca w obligu z iudicatum, »idem« więzi i nadal strony w obligu quasi-korealnym i naraża je i nadal na skutki procesualnej konsumpcyi, której uniknięcie umożliwia jedynie posługiwanie się w miejsce fideiussio, odrębną, samoistną kaucyą indemnizacyjną.

Girard [1] w związku z niebezpieczeństwami, jakie przed wydaniem C. 8, 40, 28 kryła fideiussio dla wierzyciela, a przed wydaniem now. 4 dla fideiussora, podnosi trafnie, że jurysprudencya wynalazła sposoby, aby wierzycielowi ryzyka z litis contestatio związanego zaoszczędzić i by ręczycielowi również umożliwić odpowiedzialność posiłkową, i że jednym z tych sposobów była tzw. fideiussio

[1] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 822.

indemnitatis, zaznacza przytem, że przy tej tzw. fideiussio indemnitatis roszczenia przeciw głównemu dłużnikowi i przeciw ręczycielowi mają różny przedmiot, uwydatniając istotną różnicę od właściwej fideiussio obejmującą (id/em), z którem są związane skutki konsumpcyi skarg przeciw wszystkim biernym podmiotom. Widzieliśmy powyżej w fragmencie Papiniana D. 27, 7, 7, że ów sposób konkretnie zastosowany przez fideiussorów po zeznaniu kaucyi: se redituros quod ab eo (tutore) servari non potuisset, odsuwał od nich niebezpieczeństwo skargi przed dochodzeniem przeciw głównemu dłużnikowi, nie niwecząc atoli dla braku akcessoryjności przeciw nim skargi o odszkodowanie, o ile dochodzenie przeciw głównemu dłużnikowi da wynik negatywny.

Geib[1] w pełnej świadomości tego, że akcessoryjność nieodłącznie jest związana z fideiussio, której brak przy t. zw. fideiussio indemnitatis, dążąc mimo to do podtrzymania tej tzw. fideiussio indemnitatis w ramach pojęciowych właściwej fideiussio, stara się dowieść, że ta fideiussio jest poręką nie za obecny główny dług, ale poręką za dług przyszły, który powstanie dopiero z chwilą wyniesienia skargi przeciw głównemu dłużnikowi, ale też, zdaniem Geib'a, o ile skarga przeciw głównemu dłużnikowi będzie wyniesiona, to fideiussor odpowiada za dług i za ten sam dług (idem), jakim on jest post litem contestatam, a nie za dług z chwili jego powstania, fideiussor indemnitatis odpowiada za dług z iudicatum. Wedle Geib'a jest tzw. fideiussio indemnitatis najwłaściwszą poręką za dług powstały z iudicatum.

Sprowadziwszy w ten sposób tzw. fideiussionem indemnitatis na teren litis contestatio i actio iudicati musiał Geib[2] konsekwentnie dojść do wprost niepraktycznych wyników, do wyników sprzecznych z wolą i interesem wierzyciela, który w tym przecież celu nawiązywał zamiast fideiussio simplex ową promissio indemnitatis, aby ominąć ryzyka utraty skargi przeciw ręczycielowi, gdyby niedopisała skarga przeciw głównemu dłużnikowi, jakkolwiek unikając ryzyka pozbawiał się swobody co do kolejności pozwania jednego lub drugiego (electio).

Konstrukcya Geib'a pozbawia wierzyciela zamierzonej poprawy sytuacyi, bo mu odbiera swobodę pozwania naprzód ręczyciela, a w niczem go nie chroni przed skutkami konsumpcyi skargi. Choćby

[1] Geib, Zur Dogm. 22 n.
[2] Ibid. 24. 29.

wierzyciel actione iudicati nie ściągnął nic od zasądzonego dłużnika, to wskutek litis contestatio z actio iudicati zwolnionym zostałby fideiussor, choćby wierzyciel w moc iudicatum ściągnąwszy część, o resztę bezskutecznie wyniósł a. iudicati przeciw głównemu dłużnikowi, to nieuzyskawszy reszty, mimoto straciłby skargę przeciw ręczycielowi, straciłby ją także przeciw głównemu dłużnikowi, gdyby o tę resztę nieściągniętą wyniósł poprzód skargę, acz bezskutecznie, przeciw ręczycielowi. Takich konsekwencyj, będących wynikiem dążenia Geib'a do podtrzymania tzw. fideiussio indemnitatis jako pojęciowo identycznej z fideiussio simplex, przyjąć niepodobna, uprzytomniając sobie, że właśnie ta tzw. fideiussio indemnitatis oderwana pojęciowo od fideiussio simplex jest tworem prawnym od fideiussio simplex zupełnie innym, mającym chronić wierzyciela przed szkodą grożącą mu z nawiązania stosunku kredytowego z niepewnym dłużnikiem, pozbawia go wprawdzie swobodnego wyboru skargi między dłużnikiem a gwarantem, ale z drugiej strony zdejmuje zeń niebezpieczeństwo utraty skargi przeciw gwarantowi na wypadek bezskutecznego dochodzenia przeciw dłużnikowi.

Oczywiście, iż po wydaniu konstytucyi C. 8, 40, 28 promissio indemnitatis była zbędną jako środek umożliwiający sukcessywne dochodzenia pretensyi, gdyż w myśl owej konstytucyi przy fideiussio simplex, fideiussior i po wyniesieniu skargi przeciw głównemu dłużnikowi pozostał w obligu, a wierzyciel miał swobodę wczęcia procesu przeciw jednemu lub drugiemu; natomiast aż do now. 4 pozostała tzw. fideiussio indemnitatis odpowiednim środkiem dla ręczyciela, który w takiej postaci udzielając swojej gwarancyi, mógł być pewnym, że wierzyciel poprzód skieruje kroki sądowe przeciw głównemu dłużnikowi.

Po wydaniu now. 4, wprowadzającej dobrodziejstwo skargi uprzedniej przy fideiussio, ta istotna dotąd różnica między poręką (fideiussio simplex) a fideiussio indemnitatis, redukuje się do różnicy rozkładu dowodu w procesie, gdyż przy tzw. fideiussio indemnitatis uprzednia skarga i egzekucya stanowi fundament roszczenia powodowego, przy fideiussio simplex zaś wierzyciel, wynosząc skargę przeciw ręczycielowi, dowodzi fakt uprzedniej skargi i bezskutecznej egzekucyi tylko o tyle, o ile ręczyciel zgłosi ekscepcyę, powołując się na dobrodziejstwo now. 4 [1].

[1] Geib, Zur Dogm. 30; Dernburg, Pandekten II. 715.

D. Odrębnego omówienia wymaga stipulatio rem pupilli salvam fore.

W prawie klasycznem w związku z dogmatem procesualnej konsumpcyi jest nie do pomyślenia subsydyarność poręki w postaci skargi uprzedniej. Najlepiej można to zaobserwować na poręce zeznanej za opiekuna. Według Papiniana D. 27, 7, 7 ręczyciele rem pupilli salvam fore, chcąc włożyć na pupilla obowiązek uprzedniej skargi przeciw tutorowi, mogą to osiągnąć tylko za zgodą tegoż pupilla, zeznając kaucyę: se redituros quod ab eo servari non potuisset, zrywają tedy ów węzeł akcessoryjny z głównym długiem, a nawiązują samoistny, odrębny i warunkowy oblig (promissio indemnitatis). Z poręki jako takiej (fideiussio simplex) ani w prawie klasycznem, ani to w prawie poklasycznem aż do Justyniana, nie da się wyprowadzić ani swoboda sukcessywnej skargi z prawem wyboru, ani tem mniej przymus uprzedniego zapozwania głównego dłużnika. W związku ze stipulatio rem pupilli salvam fore adulescens może o solidum pozywać tutora lub fideiussora z równoczesną atoli konsumpcyą skargi przeciw niepozwanemu (libera electio), może skargę podzielić i pozwać o część jednego, o część drugiego i tak uniknąć skutków konsumpcyi, ale o możności pozwania o cały dług naprzód jednego, a potem drugiego, niema mowy.

> C. 5, 57, 1. (a. 224): Eligere debes, utrum cum ipsis tutoribus (vel curatoribus) heredibusque eorum an cum his, qui pro eis se obligaverunt, agere debeas vel, si ita malis, dividere actionem. nam in solidum et cum reo et cum fideiussoribus agi iure non potest.

Niema więc mowy o obowiązku pozwania poprzód opiekuna.

Co do możności sukcessywnego dochodzenia, to jednak C. 5, 57, 2 pr. 1, 2 (a. 225) (tekst wyżej str. 9.), gdyby przyjąć autentyczność tego reskryptu, wskazuje na tę możność sukcessywnego dochodzenia. Zauważyliśmy już wyżej, że owa konstytucya na warsztacie kompilatorów z okresu pracy nad kodeksem w jego pierwszej redakcyi (Codex vetus), a potem w jego drugiej redakcyi, uległa znacznym przeróbkom wobec konieczności dostosowania jej do dogmatu Justyniańskiego konsumpcyi solucyjnej. Powyżej w tekście konstytucyi zaznaczono pojedyńczą klamrą tę część reskryptu, która jest dziełem redaktorów pierwszego kodeksu, podwójną klamrą zaś część idącą na rachunek redaktorów drugiego kodeksu, pozostała część nie zamknięta klamrami wskazuje na oryginalny tekst kon-

stytucyi imp. Aleksandra Severa z r. 225. Uzasadnienie daleko idących kompilatorskich zmian klasycznego tekstu, oddawna już kwestyonowanego [1], jest zasługą szczegółowej analizy Rotondiego [2].

Tytuł 57. Ks. 5. kodeksu pod rubryką de fideiussoribus tutorum seu curatorum, obejmujący dwie konstytucye imp. Aleksandra Severa, a odpowiadający tytułowi 7. Ks. 27 pandektów pod rubryką de fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum, ustaliwszy w c. 1. w stosunku do tutorów i ich fideiussorów klasyczną zasadę elekcyi wzgl. podziału skarg, w wstępie (pr.) do c. 2. wypowiada dogmat konsumpcyjnej konkurencyi skarg, wypowiada ten dogmat w r. 225, a więc trzy wieki przed słynną konstytucyą 28. Justyniana z r. 531, dogmat w okresie klasycznym nienaruszalny, nakładający na wierzyciela ciężar wyboru między głównym dłużnikiem a ręczycielem. W tym stanie rzeczy słowo »solvente« w pr. konstytucyi jest dodatkiem redaktorów II. Kodeksu, którzy świadomi wydania c. 28 z r. 531, uchylającej procesualną konsumpcyę na rzecz materyalno-prawnej konsumpcyi solucyjnej, mieli obowiązek, wśród tak zmienionego stanu wyobrażeń prawnych, wstawić w pr. słowo: solvente.

Redaktorowie I. kodeksu wysunąwszy na czoło konstytucyi 2, zasadę procesualnej konsumpcyi, rozstrzygają w §. 1. wypadek jej praktycznego zastosowania i mówią, że skoro fideiussor zeznał porękę za tutora z tytułu należności pupila z okazyi sprawowanej przez tutora opieki, to, o ile pupil zapozwał i uzyskał nawet kondemnatę tutora, toć nie ulega wątpliwości, że wolnym jest fideiussor, o ile — mówią redaktorowie I. Kodeksu — tutor zeznał zwykłą porękę »simpliciter acceptus est fideiussor«. Widocznem jest, że mieli na myśli inne rodzaje gwarancyi personalnej, niepodpadające pod nazwę fideiussio simplex. Redaktorowie II. Kodeksu, pracując w więzach solucyjnej konsumpcyi skarg, oczywiście i w tym §. 1 uzgadniając go z principium, licząc się z ustalonym przez ówczesny c. 28 C. stanem prawnym, po słowie: condemnatum dodają: solvisse, gdyż wedle c. 28 C. ani litis contestatio ani nawet kondemnacya, lecz zapłata głównego dłużnika niweczy skargę przeciw ręczycielowi.

Wspomniano wyżej, że tytuł 57 ks. 5. kodeksu traktuje o gwarancyach personalnych za opiekuna na rzecz pupila. Fideiussor ze-

[1] Z nowszych: Savigny, Oblig. I. § 19 g.

[2] Rotondi, Appunti sulla »stipulatio rem pupilli salvam fore«, St. sul. dir. rom. II. 268 n.

znawał poręką za tutora ze względu na należności pupila z tytułu sprawowanej opieki, których to należności pupil dochodził a. tutelae, a przyrzeczenie tych należności ponadto stypulacyą miało na celu stworzenie aktu werbalnego, do którego można było dołączyć adpromissyę ręczyciela, który wedle prawa dawnego stylu równocześnie przyrzec musiał wraz z przyrzekającym głównym dłużnikiem. To była znana cautio rem pupilli salvam fore, której formularz Lenel (Ed. 3. 541) rekonstruuje w następującem brzmieniu: Quidquid, quod tu tutelam meam gesseris, te mihi dare facere oportebit ex fide bona, ob id rem meam salvam fore spondesne? spondeo. Do tej więc stypulacyi przystępował ręczyciel. O takiej kaucyi, stwarzającej akcesoryjny oblig ręczycieli, traktuje Papinian w D. 27, 7, 7, (rem pupilli salvam fore caverant) i z nią wiąże się skutek procesualnej konsumpcyi. To też, według Papiniana, wierzyciel, chcąc uniknąć przykrych dlań skutków tej konsumpcyi, a idąc także na rękę fideiussorom, mogącym być pozwanymi przed głównym dłużnikiem, zrzeka się prawa uprzedniego pozwania fideiussorów z obowiązkiem pozwania naprzód tutora za cenę nowej kaucyi w formie warunkowej promissio indemnitatis.

Redaktorowie I. kodeksu mówią w §. 1. o simpliciter acceptus fideiussor in id, quod tutor... debiturus esset — unikają formuły utartej (rem pupilli salvam fore), nie dlatego, by jej nie znali, ale dlatego, że zachowali ją sobie na to, by nią wypełnić treść c. 2. §. 2, i by wystąpić w roli reformatorów w pojmowaniu cautio rem pupilli salvam fore.

Bo oto ciż redaktorowie I. kodeksu, wypowiedziawszy się zgodnie ze stanem klasycznego prawa co do znaczenia procesualnej konsumpcyi odnośnie do fideiussio simplex, mówią, w zawierającym wedle ich redakcyi przeciwieństwo do pr. i §. 1, §. 2. że, jeśli zeznano kaucyę: rem salvam fore (!) lub kaucyę: in id quod a tutore servari non potest, to fideiussor mimo skargi i kondemnaty tutora wolnym nie jest, lecz przeciwnie: manet obligatus ad supplendam indemnitatem. Wiemy już od Papiniana, że kaucya: rem pupilli salvam fore jako fideiussio simplex stała pod rygorem procesualnej konsumpcyi, że chcąc jej uniknąć trzeba było nowej kaucyi: se reddituros quod (a tutore) servari non potuisset (D. 27, 7, 7.). Redaktorowie I. kodeksu przeciwstawiają się Papinianowi: cautio in id quod a tutore servari non potest i różną od niej: cautio rem pupilli salvam fore traktują na równi jako warunkową promissio indemnitatis, która

mimo wyniesienia skargi przeciw głównemu dłużnikowi, nie niweczy skargi przeciw gwarantom w braku zupełnego zaspokojenia przez dłużnika. Ow więc §. 2. jest przeróbką redaktorów I. kodeksu, oni to wtłoczyli do reskryptu z epoki klasycznej do §. 2. st. r. p. salv. fore. W jakim celu? Z pewnością w tym celu, by korzystniej postawić pupila, któremu w prawie klasycznem, o ileby zdecydował się pozwać w moc kaucyi rem pupilli salvam fore naprzód tutora, groziła utrata skargi przeciw fideiussorom, działali niewątpliwie favore pupilli, ignorując istotną różnicę między cautio rem pupilli salvam fore, a kaucyą in id quod a tutore servari non potest, mającej na celu wyrównanie szkody w razie bezskutecznej skargi przeciw tutorowi, nie uznawali subtelnej różnicy, że cautio rem pupilli salvam fore w relacyi do ręczyciela stwarza akcesoryjne id(em), w przeciwieństwie do cautio in id quod a tutore (główny dłużnik) servari non potest, która w relacyi do gwarantów nie stanowi id(em), nie niweczy przeciw nim skargi, o ile pozwany główny dłużnik należności pupila nie wyrównał (Pap. D. 45, 1, 116.). Owe różne dwie kaucye traktują redaktorowie I. kodeksu jako równoważne i równoznaczne i dlatego to ręczyciela, przyrzekającego ogólnie: quod tutor debiturus esset w §. 1. nazwali dla odróżnienia: simpliciter acceptus fideiussor [1].

I teraz dzięki Rotondi'emu zrozumiałem się staje, dlaczego konstytucya C. 5, 57, 2, pr. §. 1 i 2. oddawna nie może uspokoić umysłów komentatorów. Biorąc ją pod uwagę w całości, harmonistyka pandektowa natrafiała na niedające się pokonać trudności logicznego powiązania principium, §. 1 i 2. z sobą. Bo też istotnie, czytając ten reskrypt w jego obecnej postaci, niepodobna doszukać się antytezy między §. 1 a §. 2. Jeśli każdą porękę umarza dopiero zapłata, a ani litis contestatio ani sama kondemnacya tego skutku nie ma, toć chyba tak samo i ten specyficzny, za taki przynajmniej przez redaktorów I. kodeksu uważany rodzaj poręki: rem pupilli salvam fore, czy też: promissio indemnitatis in id quod a tutore servari non potest, również w braku zapłaty, ręczyciela nie zwalnia, jak zwalnia każdego dłużnika ubocznego w razie zapłaty. Jest tedy prostem przeoczeniem redaktorów II. kodeksu, że przerabiając w Codex I. principium i §. 1. cyt. konstytucyi w duchu reformy, wpro-

[1] Mimo wątpliwości Rotondi'ego, Appunti 286. uw. 4, wyraz »simpliciter« policzyć należy na karb redaktorów kodeksu I.

wadzonej c. 28. C. 8, 40, pozostawili nietkniętym §. 2. C. 5, 57, który mógł mieć sens w r. 529, przed wydaniem c. 28 cyt. (r. 531), albowiem ten §. 2. fragmentarycznie, tylko w odniesieniu do poręki rem pupilli salvam fore, uchylał skutki procesualnej konsumpcyi, otwierał możność sukcesywnego dochodzenia przeciw ręczycielowi w braku zaspokojenia przez dłużnika i jakby zapowiadał, jedynie w tym szczególniejszym wypadku, reformę Justyniana, podjętą w wielkim stylu w c. 28 C., która w miejsce dogmatu konsumpcyi procesualnej przy eadem res wprowadza dogmat konsumpcyi materyalnoprawnej przez zapłatę.

I w tej to konstytucyi Aleksandra z r. 225, takiej, jak ją przekształcili redaktorowie I. kodeksu, szukać należy jedynego oparcia dla nieznanej w prawie klasycznem, a przyjętej w teoryi prawa pospolitego t. zw. fideiussio indemnitatis, gdyż tylko w oczach kompilatorów, klasyczna fideiussio: rem pupilli salvam fore uchodzi za równoznaczną z promissio indemnitatis: in id, quod a tutore servari non potest.

Przed redakcyą I. kodeksu adulescens co do zwykłej poręki, zeznanej za tutora, stał pod panowaniem konsumpcyi procesualnej (c. 1. C. 5, 57); atoli w razie fideiussio rem pupilli salvam fore, uważanej dopiero przez redaktorów Codicis I. wbrew Papinianowi za równoznaczną z promissio indemnitatis, konsumpcya procesualna miejsca nie miała, a dochodzenie sukcesywne było dopuszczalne z obowiązkiem zapozwania poprzód tutora (c. 2 §. 2. C. 5, 57), gdyż to wynika z pojęcia promissio indemnitatis, z którą redaktorowie I. kodeksu zrównali porękę rem p. s. fore [1].

Ta szczególna troska, jaką autorowie I. kodeksu z r. 529 chcieli widocznie otoczyć pupila, okazała się zupełnie problematyczną po wydaniu c. 28 z r. 531, uchylającej konsumpcyę procesualną, gdyż dobrodziejstwo przyznane pupilowi rozciągnięte zostaje na wszelkie rodzaje kumulatywnej intercesyi. Po wydaniu c. 28 dochodzenie sukcesywne z prawem wyboru między głównym dłużnikiem a ręczycielem odnosi się do każdej poręki, nietylko do poręki: rem pupilli, salvam fore. A w tym stanie rzeczy przywilej, stworzony dla pupila, stał się dlań po r. 531 udręczeniem, gdyż każdego innego ręczyciela można było teraz sukcesywnie z prawem wyboru pozywać, podczas gdy w razie kaucyi r. p. s. f. równej wedle §. 2.

[1] Rotondi, Appunti 276 n.

kaucyi indemnizacyjnej, musiał pupil poprzód pozwać tutora, a ewentualnie po nim dopiero ręczyciela.

Tak więc kompilatorowie I. kodeksu w pewnej mierze wyprzedzili w owym konkretnym wypadku b. excusionis now. 4 z r. 535 [1].

c) Skarga uprzednia w stosunku do exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.

Drugim sposobem, przy użyciu którego można było przy poręce zastosować uprzednią skargę, była dodatkowa umowa przy nawiązaniu poręki tej treści, że ręczyciel za cenę uprzedniej skargi

---

[1] W ostatnich czasach (1922) Levy, Die Konkurrenz II. 132 uw. 6, oświadcza się za autentycznością §. 2. z tą jedynie modyfikacyą, że końcowe słowa ad... indemnitatem mają pochodzić od kompilatorów i powołuje się przeciw Rotondi'emu na argument, przytoczony w dawniejszej swej pracy: Sponsio 148. uw. 3 i 28. uw. 1, argument tej treści, że manet obligatus w §. 2. t. j. wykluczenie konsumpcyi skargi przeciw fideiussorowi tutora, polega w tem, iż reskrypt imp. Aleksandra z r. 225 w owym §. 2. ma na myśli actionem tutelae, wytoczoną przeciw tutorowi; a ponieważ actio tutelae nie stoi, co słusznie zauważa Levy, w stosunku konsumpcyjnym do a. ex stipulatu, przeto, tak jak a. tutelae nie niweczy a. ex stipulatu przeciw tutorowi, tak też nie niweczy jej przeciw fideiussorowi tutora, zatem: manet fideiussor obligatus. Supozycya Levy'ego jest nieuzasadniona, gdyż nie da się pogodzić z całokształtem myśli reskryptu, który w pr. wychodzi z założenia, że pozwany reus zwalnia fideiussora t. zn. pozwany a. ex stipulatu, w §. 1. mówi już konkretnie, że pozwany tutor zwalnia fideiussora, t. zn. pozwany a. ex stipulatu, bo tylko a. ex stipulatu stoi w stosunku konsumpcyjnym do niepozwanego fideiussora w razie pozwania tutora. W §. 2. obok promissio indemnitatis »in id quod a tutore... servari non potest, z którą łączy się obowiązek pozwania poprzód tutora, zestawiono: stip. rem salvam fore (wkręt redaktorów I. kodeksu), z której, jak z poprzedniej promissio, wynika jedynie actio incerti ex stipulatu przeciw tutorowi z tem, że w braku pełnego zaspokojenia pójdzie skarga o odszkodowanie przeciw promitentowi, którego oblig autorowie I. kodeksu, chociaż zeznał czystą fideiussio r. p. salvam fore, stawiają na równi z t. zw. fideiussio indemnitatis, dążąc do unifikacyi kaucyi gwarancyjnej prawa klasycznego z poręką. Więc §. 2. reskryptu jest przeróbką autorów I. kodeksu. Argumenty Levy'ego nie osłabiły tezy Rotondi'ego.

Wątpić tylko można, czy cały §. 2. (Plane... fin.) jest dziełem redaktorów I. kodeksu, jak twierdzi Rotondi, gdyż eliminując z §. 2 jedynie stip. r. pupilli salvam fore, uzyskuje się logicznie i merytorycznie trafnie pomyślaną antytezę pr. i §. 1. do pozostałej treści §. 2. (por. tekst wyżej str. 9). Ostatnio (1929) częściowo przeciw Rotondi'emu: Solazzi, Instituti tutelari, 148 n. nieprzyjmuje przeróbki §. 2.

zrzekał się w następnym sporze podniesienia excepcyi litis in iudicium deductae. Być może, że w prawie dawniejszem zwyczajne pactum nie mogło mieć siły, uchylającej zastosowanie axiomatu ne bis de eadem re sit actio, axiomatu o charakterze publiczno-prawnym, wykluczającym swobodę jego zastosowania, być może, że zrązu zwyczajne pactum nie miało siły wskrzeszenia skargi, wyniesionej przeciw głównemu dłużnikowi i ponownego jej wyniesienia przeciw ręczycielowi, gdyż procesualna konsumpcya vi legis zgaśnięcie skargi powodowała, później jednak, wśród coraz liczniejszych wypadków tego rodzaju, iż litis contestatio działała nie ipso iure, ale ope exceptionis, owe pactum przychodziło do znaczenia w ten sposób, iż, jeśli na skargę wierzyciela ręczyciel przeciwstawiał excepcyę rei in iudicium deductae, to wierzyciel przez replicatio doli, powołując się na pactum, ową excepcyę uchylał, piętnując w replice nielojalność ręczyciela, który drogą pactum z owej excepcyi zrezygnował [1].

Taka to praktyka, wymijająca niebezpieczeństwo procesualnej konsumpcyi przy poręce, i umożliwiająca, przyjmując atoli zgodę stron, sukcesywne dochodzenie pretensyi przeciw głównemu dłużnikowi, w drugiej linii przeciw ręczycielowi, utrzymała się aż do Justyniana, który w konstytucyi C. 8, 40, (41), 28, 1. o takiem pactum wyraźną czyni wzmiankę:

> Invenimus enim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huius modi causae esse prospectum,

uzasadniając tem swoją reformę, którą uchylił przy poręce i obligach korealnych skutki procesualnej konsumpcyi, wprowadzając w jej miejsce materyalną konsumpcyę przez zapłatę, czyniąc odtąd tem samem zbyteczną troskę wierzyciela o zapewnienie sobie możności sukcesywnego dochodzenia pretensyi, §. 3. bowiem powołanej konstytucyi mówi:

> Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacumque parte possit ius creditoris mutilare?

Ale gdyby nawet chciano powątpiewać w wiarogodność historycznych relacyi Justyniana, to konstytucye cesarskie z III w., z okresu zamykającego szczyty jurysprudencyi klasycznej, jedna z r. 214 po Chr., druga z r. 293 po Chr. z całą dokładnością o możliwości wy-

[1] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 823.

łączenia konsumpcyi procesualnej drogą pactum, dodanego do umowy poręczającej, nas informują.

C. 8, 40, (41), 5 a., 214: Iure nostro est potestas creditori relicto reo eligendi fideiussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.

C. 8, 40, (41), 19 a., 293: Si alienam reo principaliter constituto obligationem suscepisti vel fideiussorio sive mandatorio vel quocumque alieno nomine pro debitore intercessisti, non posse urgueri creditorem, eum qui mutuam accepit pecuniam quam te convenire, scire debueras, cum, si hoc in initio contractus specialiter non placuit, habeat liberam electionem.

Tak owe pactum, także przez Justyniana wzmiankowane, pojmuje też nauka panująca [1] (Girard). Jedynie Geib [2], powołując się na wyżej przytoczony ustęp z c. 28, owe pactiones utożsamia z fideiussio indemnitatis, a nie znalazłszy tej nazwy w źródłach klasycznych, mimo, że jej nie podaje także Justynian, uważa wzmiankę o pactiones za odnoszącą się do fideiussio indemnitatis. Twierdzenie to polega na przeoczeniu, gdyż Justyniańskie prawo, stojąc zasadniczo na stanowisku umów formalnych, uroczystych, nie mogło fideiussio indemnitatis, umowy werbalnej, nazywać pactio, a Justynian, używając zwrotu: ex pacto huiusmodi causae esse prospectum, najwyraźniej mówi o dodatkowej umowie, praktykowanej in fideiussorum cautionibus.

Jest rzeczą zrozumiałą, iż przed c. 28 cyt. tak promissio indemnitatis, jak i owo pactum, dotyczące zrzeczenia się przez ręczyciela exc. rei in iudicium deductae za cenę uprzedniej skargi przeciw głównemu dłużnikowi, musiały, wedle świadectw prawników klasycznych i świadectwa Karakalli, Dioklecyana i Justyniana, mieć szerokie zastosowanie.

Po wydaniu c. 28, wprowadzającej swobodę sukcesywnego dochodzenia, i po wydaniu now. 4 c. 1, wprowadzającej uprzednią skargę, tak owe pactum jak i fideiussio indemitatis naogół straciły praktyczne znaczenie. Wystarczy atoli zaznaczyć, że podczas gdy i po now. 4 ręczyciel odpowiadać musi na skargę tam, gdzie wyjątkowo exc. excussionis odpada, to przy t. zw. fideiussio indemni-

---

[1] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 823 i uw. 2, 3; Regeniter, Die Einrede 11 n.; Brassloff, Zur Kenntniss 25.

[2] Geib, Zur Dogm. 18 n.

tatis fundamentem skargi przeciw ręczycielowi jest dowód wyniesionej bezskutecznej skargi przeciw głównemu dłużnikowi, i to nie tylko bezskutecznej skargi, ale i bezskutecznej egzekucyi [1]. Podczas gdy now. 4 wybór skargi zasadniczo dopuszczalnej ścieśnia, to przy t. zw. fideiussio indemnitatis skarga uprzednia jest bezwzględnie obowiązująca, gdyż przy fideiussio skarga uprzednia jest dobrodziejstwem ręczycielowi nowelą 4 przyznanem, zaś przy fideiussio indemnitatis jest ona z umowy wynikającym obowiązkiem wierzyciela.

d) Zlecenie ręczyciela zaskarżenia uprzednio dłużnika.

Sposobem, umożliwiającym przy fideiussio sukcesywne dochodzenie pretensyi i zarazem skierowanie poprzód skargi przeciw głównemu dłużnikowi, była umowa między wierzycielem a ręczycielem w chwili płatności długu tej treści, że wierzyciel przyjmował zlecenie ręczyciela zapozwania poprzód głównego dłużnika. Miał ów mandat ten skutek, iż wprawdzie wierzyciel, zapozwawszy poprzód głównego dłużnika w moc procesualnej konsumpcyi, tracił skargę z poręki przeciw ręczycielowi, ale, o ile nie otrzymał zapłaty od głównego dłużnika, a. mandati contraria dochodził ubytku przeciw byłemu fideiussorowi.

> I. 3, 26, 2... aut si volente te agere cum eo ex fideiussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis (por. Ulp. D. 17, 1, 22, 2; eod. 45, 8) [2].

Wolno przypuszczać, że ten sposób bronienia się ręczyciela przeciw libera electio wierzyciela miał w rzymskiem prawie aż do now. 4 szerokie zastosowanie. Trzeba bowiem pamiętać, że promissio indemnitatis była umową słowną, której przyjście do skutku wymagało obecności stron na miejscu, wierzyciela, a nieraz liczniejszego zespołu współręczycieli; pactum, którem zrzekał się ręczyciel podnoszenia zarzutu rei in iudicium deductae mogło mieć wprawdzie zastosowanie w wypadkach, w których litis contestatio nie działała ipso iure, lecz tylko ope exceptionis [3] i dopuszczalne było między nieobecnymi.

---

[1] Geib, Zur Dogm. 30 uw. i 28 n.

[2] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 823 uw. 2. W D. 17, 1, 45, 8 (sequenti mandato) interp. (litis contestatione), por. Bortolucci, Bullet. XXVII. 180 uw. 2. *d.*

[3] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 1105.

Zlecenie uprzedniego zaskarżenia przetensyi przeciw głównemu dłużnikowi, dawało atoli wierzycielowi przeciw ręczycielowi w miejsce ścisłej a. ex stipulatu, skargę bonae fidei o zwrot tego, czego od głównego dłużnika nie mógł otrzymać.

W mowie będące mandatum zapewniało zgodnie z interesem wierzyciela sukcesywną skargę, a zgodnie z interesem ręczyciela uprzednie zapozwanie głównego dłużnika i pozwalało wyminąć obopólne ryzyko iure communi z fideiussio związane.

e) Mandat gwarancyjny a poręka jako mandat intercesyjny.

Jako środek gwarancyi personalnej, obok fideiussio i promissio indemnitatis, znanem jest w prawie klasycznem mandatum. Mandatum, umowa nieuroczysta spełnia funkcye bądź uroczystej promissio indemnitatis (mandat gwarancyjny), bądź uroczystej fideiussio (mandat intercesyjny).

Nieuroczysta umowa gwarancyjna stwarza podobnie jak promissio indemnitatis jednostronny oblig gwaranta w zależności od obligu głównego dłużnika, którego treścią jest wzięcie ryzyka za wynik interesu kredytowego z osobą trzecią. Obowiązek zaciąga tylko gwarant nie mając prawa żądania wykonania. Jurysprudencya rzymska pod naciskiem praktycznych potrzeb zapewnienia ochrony temu, który za inicyatywą gwaranta pożyczał lub kredytował, uznała ten stosunek za mandatum, boć gdyby nie to, to umowa taka jako nieuroczysta nie rodziłaby skargi. Rzymska jurysprudencya, skrępowana zamkniętym w sobie schematem umów nie miała tej swobody, jaka jest udziałem nowożytnej dogmatyki prawa, która umowę gwarancyjną stawia poza mandatem jako sui generis zaskarżalną umowę. Wszak mówi Windscheid [1], »że my nie mamy potrzeby umowy takiej stawiać pod inną kategoryę, niż pod jej własną«. Rzymianie natomiast musieli się ratować kategoryą mandatum. Bo też potrzeby obrotu [2] parły do tego wobec licznych bardzo wypadków posługiwania się umową gwarancyjną, której to potrzeby nie mogła zaspokoić promissio indemnitatis, jako umowa werbalna, wymagająca obecności wierzyciela i gwaranta na miejscu.

[1] Windscheid, Pandekten II. 817.

[2] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts 633; Sokołowski, Mandatsbürgschaft 67 n.; Schey, Obligationsverhältnisse 473 uw. 16, 476. 475: ein anderer Vertragstypus.

Choćby nawet przyjąć, że słowa Juliana w D. 17, 1, 32, »neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet«, są wkrętem kompilatorskim [1], to niewątpliwie użycie mandatum torowało drogę konsensualnej umowie gwarancyjnej. Wszak Julian, w zupełnie niepodejrzanej części powołanego fragmentu, wyraża opinię dopuszczalności użycia mandatum dla celów gwarancyi nieformalnej.

D. 17, 1, 32: Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo.

Juliana następca Africanus D. 16, 1, 19 pr. §. 1, 2, 4, operuje naprzemian promissione indemnitatis i nieformalnym mandatem. I tutaj znowuż spotykamy subtelne dociekanie, czy też promissio indemnitatis (względnie mandat gwarancyjny) pokrywa się z fideiussio, przytem istotnem kryterium jest wzięcie na się obcego obligu, czem jest fideiussio, a czem nie jest fideiussio indemnitatis ani jej nieformalna odmiana, mandat gwarancyjny. Podobnie jak przy promissio indemnitatis i tutaj mandator dźwiga na swych barkach swój własny dług, odpowiada za szkodę, jaką ewentualnie poniesie mandataryusz wskutek wykonania gwarantowanego interesu (Pap. D. 16, 1, 8, 1). Podobieństwo mandatu gwarancyjnego do promissio indemnitatis widoczne jest w analogicznych zwrotach: periculum subire (D. 45, 1, 116 — periculo meo crede, bene credis, D. 15, 4, 1, 1, D. 17, 1, 12, 13) [2].

Od mandatum, jako jednostronnie wiążącej nieuroczystej umowy gwarancyjnej, już tylko jeden krok prowadzi do mandatum jako rodzaju poręki. To też widoczne są usiłowania prawników rzymskich celem uniknięcia skutków procesualnej konsumpcyi przy fideiussio, osiągnięcia celu zabezpieczenia wierzytelności przez stopniowe naginanie mandatu do fideiussio.

Nieformalną umowę gwarancyjną, surogat promissio indemnitatis, wcielono do mandatum, aby kształcąc dalej, uczynić go przynajmniej surogatem fideiussio [3] i mieć w nim ochronę przeciw niepraktycznym konsekwencyom z fideiussio wynikającym. Zwolna następuje zbliżenie nieuroczystej umowy gwarancyjnej do fideiussio,

[1] Bortolucci, Bullet. XXVIII. 240; Beseler, Beiträge II. 7.

[2] Stamler, Der Garantievertrag, Arch. f. civ. Praxis LXIX. (N. F. XIX.) 36; Sokołowski, Mandatsbürgschaft 64 n.

[3] Ibid. 72 n.

a zupełne z nią zespolenie jest dziełem kompilatorów, którzy nie licząc się z różnicami struktury tych tworów, nie tyle organicznie, ile mechanicznie unifikacyę przeprowadzili [1].

W prawie klasycznem wierzyciel stoi w odrębnym stosunku prawnym do trzeciego i w odrębnym do mandatora. Nie grozi mu konsumpcya procesualna, ma możność sukcesywnego dochodzenia pretensyi, czego nie osiągnie skargą przeciw jednemu podmiotowi biernemu, to może osiągnąć resztę skargą przeciw drugiemu.

Scaev. 17, 1, 60. pr.: Creditor mandatorem convenit: is condemnatus provocavit: quaerendum est, an manente appellatione debitor a creditore conveniri potest: respondi posse.

Przełóżmy tylko ten praktyczny wypadek na teren fideiussio, a zobaczymy, jak to potrzeby zabezpieczenia kredytu zmuszały obrót do szukania tego zabezpieczenia na terenie mandatum. Bo, gdyby w wypadku Scaevoli zabezpieczenie było nastąpiło w formie fideiussio simplex, to skarga na terenie mandatum dopuszczalna przeciw głównemu dłużnikowi, byłaby dla wierzyciela na terenie fideiussio straconą, jeśli byłby pozwał naprzód fideiussora.

Julian D. 46, 1, 13: Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris

Ten końcowy zwrot jakżeż żywo przypomina podobne zwroty przy uroczystej promissio indemnitatis, jak w tonie owych fragmentów uwydatnia się cel praktyczny, przyświecający prawnikom, uniknięcia skutków procesualnej konsumpcyi przy poręce w formie fideiussio. (Por. D. 16, 1, 19, 4; D. 17, 1, 27, 5; D. 46. 1, 41, 1; D. eod. 52, 3; C. 8, 40 (41), 23; D. 46, 3, 95, 11; C. 8, 40 (41), 7; D. 46, 3, 95, 10).

Oczywiście, iż z chwilą przeniesienia celów zabezpieczenia na teren mandatum jako surogatu fideiussio, zauważyć można subtelne dociekania, czy dany wypadek mieścił w sobie warunkową nieuroczystą gwarancyę, czy wzięcie na się obcego długu, a więc surogat poręki, bo mandat gwarancyjny z promissio indemnitatis, oprócz różnicy co do formy, materyalnie jest identyczny, podczas gdy fi-

[1] Bortolucci, Bull. XXVIII. 239 n.

deiussio oddziela od mandatu intercesyjnego odrębność obligu mandatora wobec mandataryusza i obligu trzeciego (dłużnika) wobec mandataryusza.

Africanus D. 16, 1, 19, 4. (tekst str. 24) skłonnym był (prope est, ut sit intercessio) zeznaną werbalną gwarancyę za wypłacalność dłużników spadkowych traktować na równi ze zwyczajną poręką. Odmienne rozstrzygnięcie w tym samym fragmencie, omawiającym w §. 2. nieformalną umowę gwarancyjną, tłómaczy się tem, że w §. 2. daną jest gwarancya dziedzicowi jako odpowiedzialnemu za passywa spadku, a nie jak w §. 4 jako wierzycielowi, otrzymującemu gwarancyę za wypłacalność dłużników spadkowych.

D. eod. 19, 2: In proposita specie et illud tractandum est, an is, qui mandato mulieris adierit, si damnum ob id patiatur, quod debitores hereditarii solvendo non fuerint, senatus consulto locus sit, quasi quodammodo eorum obligationes mulier susceperit. magis autem est, ut ne ob hanc quidem causam senatus consultum locum habeat, quando non ea mente fuerit, ut pro his intercederet [sed tutoris adversus pupillum et ceteros forte creditores indemnem heredem praestaret] [1].

Rozstrzygnięcie odmienne dlatego, że w §. 4. promitent (mulier) bierze na swą odpowiedzialność i na swoje, wobec wierzyciela i dziedzica zarazem ryzyko, wypłacalność dłużników — w §. 2. natomiast stan rzeczy jest inny; na zlecenie kobiety dziedzic objął spadek i wobec złej wypłacalności dłużników spadkowych ponosi straty, może je powetować, mając gwarancyę kobiety. Tę gwarancyę dała atoli kobieta przed stratami i za zobowiązania dziedzica jako ewentualnego dłużnika, ona mu dała gwarancyę jako ewentualnemu dłużnikowi i spadkobiercy przeciw wierzycielom spadkowym, a nie jako spadkobiercy-wierzycielowi za dłużników spadkowych [2]. Że prawnik w §. 2. nie przyjmuje intercesyi w przeciwieństwie do §. 4., powód nie w tem leży, że tu mowa o uroczystej promissio indemnitatis, a w §. 2. o nieuroczystem mandatum, lecz w tem, że w §. 4. gwarancya daną jest wierzycielowi, a w §. 2. dłużnikowi. Z zestawienia Africana D. 16, 1, 19, 2. z opinią jego mistrza Juliana D. 17, 1, 32, pr. wynika. że umowa gwarancyjna w szatę mandatum mogła być przyobleczona, co jednak nie znaczy, że takie mandatum wolno

[1] Beseler, Beiträge II. 109; Bortolucci, Bull. XXVIII. 247. uw. 4.
[2] Sokołowski, Mandatsbürgschaft 79 n.

było identyfikować z nieformalną poręką, gdyż mandat gwarancyjny ma znaczenie i zastosowanie szersze i ogólniejsze, może być gwarancyą daną wierzycielowi i wtedy zbliża się do poręki (prope est intercessio), ale też może być gwarancyą daną dłużnikowi i wtedy nic nie ma wspólnego z poręką (D. 16, 1, 19, 2). Julian D. 17, 1, 32 pr. najwyraźniej podaje, że kaucyę dano w postaci mandatum, a nie w postaci promissio i uznaje dopuszczalność a. m. contraria, tem samem dopuszczalność stosowania mandatum jako umowy gwarancyjnej, a dalekim jest od intercesyi i poręki, gdyż traktuje o gwarancyi danej w formie mandatum dziedzicowi jako ewentualnemu dłużnikowi.

Julianus D. 17, 1, 32: Si hereditatem aliter aditurus non essem quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo. Si quis autem mandaverit alicui, ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum adquisitum numquam illi damno esse potuit: hereditas interdum damnosa est.

Tak, jak D. 16, 1, 19, 2. kobieta odpowiada a. mandati z tytułu gwarancyi przeciw wierzycielom danej dłużnikowi, tak odpowiada i tutaj mandator, bo, mówi Julian, z przyjęciem spadku łączy się niebezpieczeństwo odpowiedzialności za długi przy złej wypłacalności dłużników spadkowych, tak jak nie ma tego niebezpieczeństwa przy przyjęciu legatu, choćby na zlecenie trzeciego, tam a. mandati contraria ma swoje praktyczne znaczenie, tu go nie ma: nam legatum adquisitum numquam illi damno esse potuit. Obaj juryści (D. 17, 1, 32; D. 16, 19, 2) przystosowują mandatum do celu nieformalnej gwarancyi [1].

Niespodzianką jest atoli końcowy ustęp fr. 32. D. 17, 1. (Ind. interpl. 290):

et in summa quicumque contractus tales sunt, ut quicumque eorum nomine fideiussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet. Praeterea vulgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati iudicio teneri procul dubio est,

który to ustęp, wedle zgodnej opinii krytyków tekstu, jest przeróbką

[1] Niesłusznie Sokołowski ibid. 80 n. widzi sprzeczność między Afr. 16, 1, 19, 4 i 2. a Jul. 17, 1, 32 pr.

kompilatorów w ich konsekwentnych usiłowaniach zrównania [1] mandatum nietylko z promissio indemnitatis, ale z fideiussio, czego w prawie klasycznem ledwie że początki zauważyć można [2]. Niepodobna bowiem przypuścić, by Julian wewnętrzną strukturę fideiussionis uważał za identyczną ze strukturą mandatum tak zasadniczo od fideiussio odmienną, a dobitnie przez niego uwydatnioną w D. 46, 1, 13, w której podkreśla, że wierzyciel, mając swobodę pozwania dłużnika czy mandatora, nie traci skargi przeciw niepozwanemu mandatorowi czy dłużnikowi.

Gospodarczo mogło mandatum oddać usługę zabezpieczenia wierzytelności, ale też tylko utrzymanie strukturalnej odrębności tego tworu w stosunku do fideiussio zapewniało mu w obrocie pierwszeństwo przed fideiussio i to aż do wydania konstytucyi C. 8, 40, 28.

Wobec struktury poręki (fideiussio) wzgląd na praktyczny cel zabezpieczenia kredytu nie mógł być podnietą dla prawników do unifikacyi fideiussio z mandatum. Sądzimy, że wprowadzenie umowy gwarancyjnej w zwykłej szacie nieuroczystego mandatum było ucieczką przed fideiussio indemnitatis, jak ucieczką przed fideiussio simplex było mandatum pecuniae credendae, ekonomicznie podatniejsze dla celów zabezpieczenia kredytu, dlatego, że strukturalnie różniło się od fideiussio.

Sukcesywne dochodzenie pretensyi, ewentualność uprzedniej skargi, umożliwienie gwarancyi między nieobecnymi, dawały pierwszeństwo mandatowi przed fideiussio. Ale klasyczna jurysprudencya rzymska nie mogła mieć celu utopienia mandatum credendi w fideiussio; ona raczej oddzielając od niej mandatum czyniła zadość potrzebom obrotu, jak im czyniła zadość, wprowadzając możliwość zastąpienia fideiussio przez promissio (fideiussio) indemnitatis.

Przytaczany fragment Scaev. D. 17, 1, 60, 1 [3], na poparcie dążenia prawników rzymskich zrównania mandatum credendi (mandat intercesyjny) z fideiussio raczej potwierdza naszem zdaniem

---

[1] Bortolucci, Bull. XXVIII. 241; Beseler, Beiträge II. 7; Sokołowski, Mandatsbürgschaft 82 n.

[2] Za interpolacyą D. 17, 1, 32. Sokołowski ibid. 83. przyznając, że Julianowi jest nieznane mand. cred. jako: der fideiussio koordinierte Bürgschaftsform, 15, 83.; Bortolucci, Bull. XXVIII. 24 n. z obszernym wywodem przekonywującym, że całkowite zrównanie mandatum z poręką widoczne w źródłach, jest dziełem kompilatorów. Tak też Geib, Zur Dogm. 149 n.

[3] Sokołowski, Mandatsbürgschaft 85 n. 8 n. i 84.

wyżej zaznaczoną tendencyę utrzymania zasadniczych różnic między fideiussio a mandatum credendi, a natomiast pełnego przystosowania mandatum do funkcyi, której służyła promissio indemnitatis (indemnem me praestaturum ex causa mandati D. 17, 1, 59, 3).

Mandat gwarancyjny i fideiussio indemnitatis to twory, pomijając ich formę, zupełnie równorzędne, czego atoli ze stanowiska prawa klasycznego nie można powiedzieć o fideiussio i mandatum credendi, a co ma swe uzasadnienie dopiero w oczach kompilatorów. Juryści klasyczni nie dążą do zrównania fideiussio z mandatum credendi; ale dążą do przystosowania mandatum do celów zabezpieczenia wierzytelności. Dowodem tego właśnie Scaevola D. 17, 1, 60, 1, któremu Sokołowski [1] niesłusznie podsuwa myśl traktowania na równi poręki z mandatum credendi, podczas gdy on jedynie posługuje się mandatum, jako surogatem promissio indemnitatis. Że zaś Scaevola nie myśli o mandatum jako rodzaju poręki, to dowód w tem, że mandatorowi odmawia kategorycznie skarg regresowych, odmawia mu także prawa żądania cesyi skargi wierzyciela przeciw dłużnikowi.

Scaev. D. 17, 1, 60, 1: Ad eum qui uxorem ducturus erat litteras fecit tales: »Titius Seio salutem. Semproniam pertinere ad animum meum cognovisti: ideoque cum ex voto meo nuptura tibi sit, velim certus sis secundum dignitatem tuam contrahere te matrimonium. et quamvis idonee repromissuram tibi Titiam matrem puellae dotem sciam, tamen et ipse quo magis conciliem animum tuum domui meae, fidem meam interponere non dubito: quare scias, quodcumque ab ea ex hac causa stipulatus fueris, id me mea fide esse iussisse salvum te habiturum«. atque ita Titia, quae neque Titio mandaverat neque ratum habuerat quod scripserat, dotem Seio promisit. quaero, si heres Titii ex causa mandati praestiterit, an actione mandati heredem Titiae convenire potest. respondi secundum ea, quae proponuntur, non posse. item quaesitum est, an nec negotiorum gestorum. respondi nec hoc nomine iure agere posse: [palam enim facere Titium non tam Titiae nomine, quam quod consultum vellet, mandasse] [2]. item si maritus adversus mandatorem ageret, an aliqua exceptione summoveatur? respondi nihil proponi, cur summovendus sit.

[1] Sokołowski, Mandatsbürgschaft 84.

[2] Beseler, Beträge II. 73: Unechtheit an sich nicht ganz gewiss.

Scaevola, chcąc uwydatnić kontrasty, celowo dobrał wypadek pozornie zbliżony do fideiussio. Titius »listownie« zawiadamia Seiusa, że ręczy za Tycyę, matkę jego narzeczonej, z okazyi przez matkę zeznać się mającej promissio dotis: quodcumque ab ea ex hac causa stipulatus fueris, id me mea fide esse iussisse salvum te habiturum. O tem matka nic nie wie. Jednak nie wywiązała się ze swego przyrzeczenia, a dziedzic Titiusa ex causa mandati musiał wypłacić sumę posagową i radby teraz a. mandati contraria odbić się na dziedzicach zmarłej w międzyczasie matki narzeczonej, a teraz żony Seiusa. O tem niema mowy ze względu na brak podstaw, któreby regres uzasadniały, niema mowy ani o a. mandati contraria ani o a. negotiorum gestorum contraria — to było czyste mandatum, mniejsza o to, czy interes mandanta był materyalny czy idealny. Ale także w razie, gdyby dziedzic Titiusa nie płacąc dobrowolnie, był pozwany, nie mógłby się zasłonić exceptione, bo brak wszelkich danych dla excepcyi, gdyż Titius nie wziął na siebie cudzego obligu, ale owym listem zobowiązał się we własnej osobie. Być może, że interesowany dziedzic Titiusa, powołując się na brzmienie listu, dowodził, że wszak w danym wypadku wobec takiego brzmienia listu miała miejsce fideiussio, mimo nieobecności stron. Prawnik, nie wdając się w kwestyę nieistnienia fideiussio, boć to rzecz wobec absencyi stron nie ulegająca wątpliwości, przyjmuje mandatum jako surogat uroczystej promissio indemnitatis, w moc której gwarant bezwzględnie odpowiada z transakcyi kredytowej z matką (id me mea fide esse iussisse salvum te habiturum). Więcej ponadto, że, w braku fideiussio indemnitatis między nieobecnymi, w formie mandatum wzięty oblig w danych warunkach może być uważany za umowę gwarancyjną, z tego fragmentu wydostać nie można. To, że prawnik odmawia a. mandati contraria wzgl. a. negotiorum gestorum tłómaczy się dostatecznie brakiem wszelkiego związku między wzięciem gwarancyi, a tym, za którego się gwarantuje. Odmówienie a. mandati contraria wzgl. a. neg. contraria, jak nie jest przeciwne gwarancyjnemu mandatowi, tak popiera z drugiej strony twierdzenie, że o mandatum credendi jako rodzaju fideiussio mowy być nie może, bo w tym wypadku Scaevola nie mógłby odmówić cesyi skargi (D. 46, 1, 13). Drastyczna różnica między fideiussio indemnitatis wzgl. mandatem gwarancyjnym, a fideiussio wzgl. mandatem intercesyjnym leży właśnie w braku regresu przy dwóch pierwszych.

Ale wysnuwanie przez Sokołowskiego [1] wniosków o zrównaniu mandatum credendi z fideiussio z tego powodu, że prawnik odmawia w tym wypadku skarg regresowych, niema uzasadnienia.

f) Zagadnienie uprzedniej skargi a mandatum pecuniae credendae.

Zaznaczono powyżej, że drogą mandatum usiłowała jurysprudencya rzymska stworzyć dwa surogaty: 1) surogat promissionis indemnitatis, 2) surogat nieformalnej fideiussio, oba rodzaje zabezpieczenia wykluczające procesualną konsumpcyę [2] a nie wykluczające zastosowania skargi uprzedniej.

Gwoli zadośćuczynienia potrzebom praktycznym zlecenie udzielenia kredytu, o ile je wykonano, uzasadnia a. mandati contrariam, którą mógł wynieść mandataryusz bądź po wykonaniu zlecenia za wzajemnem ustąpieniem skargi przeciw trzeciemu dłużnikowi, bądź jako skargę o wynagrodzenie szkody, o ile nie osiągnął zaspokojenia ze strony dłużnika (D. 17, 1, 12, 13..) »periculo meo crede«, dicat, »bene credis«: arbitror locum esse mandato et mandati eum teneri; D. eod. 12, 14... plane si, ut expectares nec urgueres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, [verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere]. (Ulp.) (Ind. interp. I. 284).

Ponieważ przy mandatum mandataryusz ma prawo żądania zwrotu wydatków, łożonych na wykonanie mandatu wzgl. pokrycia szkody poniesionej przez wykonanie mandatum, przeto i przy m. pec. credendae po wprowadzeniu go na teren mandatum, mógł albo tuż po udzieleniu kredytu żądać sum wyłożonych albo odszkodowania, o ile nie uzyskał zwrotu od dłużnika [3]. I w tym właśnie punkcie widoczne jest odchylenie m. pec. credendae od zwykłego mandatu gwarancyjnego, przy którym skarga dopiero po bezskutecznej próbie zaspokojenia od trzeciego jest dopuszczalna. (D. 14, 5, 7 pr.) (Ind. interp. 243 sed-fin.); D. 17, 1, 48, 2; eod. 2, 2; I. 3, 26, 3; Gai III.

[1] Sokołowski, Mandatsbürgschaft 85 n.; przeciwko niemu trafnie Bortolucci, Bull. XXVIII. 243 n.

[2] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 633; Bortolucci, Il mandato, Bull. XXVII. 250.

[3] Siber, Röm. Rechts II. 190; Geib, Zur Dogmatik 152; Brinz, Pandekten II. 776: stets ist das Mandat, ausserdem, dass es ein Auftrag ist, zugleich eine Cautio d. i. die Zusage der Schadloshaltung, D. 17, 1, 59, 5. (Ind. interp. I. 296).

155, D. 46, 1, 13; D. 17, 1, 56 pr., eod. 60 pr.; C. 4, 35, 7; C. 8, 40, 23, eod. 19;[1] D. 17, 1, 59, 4,[2] eod. 20 pr.; 27, 5; 28; D. 46, 1, 52, 3 (interp.)[3].

Ta to dopuszczalność a. mandati contraria, bądź po udzieleniu kredytu za wzajemnem ustąpieniem skargi przeciw trzeciemu dłużnikowi, bądź w razie bezskutecznego dochodzenia przeciw dłużnikowi o szkodę przeciw mandatorowi, wskazuje wyraźnie na skojarzenie ze sobą w mandatum pecuniae credendae nieformalnej umowy gwarancyjnej, rodzącej zobowiązanie jednostronne i mandatum jako takiego rodzącego zobowiązanie wzajemne, wskazuje zarazem na dostrojenie mandatum do celów fideiussio z ominięciem procesualnej konsumpcyi, a dopuszczalnością sukcesywnego dochodzenia i z dopuszczalnością realizacyi postulatu uprzedniej skargi, to wszystko zaś wskutek różnicy strukturalnej między fideiussio a m. pec. cred., które, o ile ważnie istniał dług główny, z gospodarczego punktu widzenia, lepiej niż fideiussio, spełniało funkcyę środka kredyt zabezpieczającego.

Jurysprudencya analizowała starannie podobieństwa, ale i różnice między fideiussio a m. pec. credendae, »celowo«[4] jednak nie dążyła do unifikacyi.

Z chwilą, jak mandat gwarancyjny uznano jako obustronnie wiążące mandatum z prawem mandatora żądania ustąpienia skargi, mógł mandataryusz wynieść wprzód skargę przeciw mandatorowi, co z mandatum pojętego jako czysta umowa gwarancyjna nie wynikało. Dlatego Papinian w D. 17, 1, 56 pr. reaguje na pytanie doń skierowane w tym sensie, że mandataryusz - wierzyciel, omijając dłużnika i zastawy, może pozwać mandatora, byleby, co podkreśla tenże Papinian (D. 17, 1, 28, D. 46, 3, 95, 10), zgodnie z poprzednikami Julianem i Gaiusem, (D. 46, 1, 13, D. 17, 1, 27, 5) ustąpił skargę przeciw dłużnikowi.

Mandatum credendi służyło dwojakim celom: miało spełniać funkcyę promissio indemnitatis i zlecenia kredytu.

W tym stanie rzeczy wyłania się kwestya uprzedniej skargi, a mianowicie, czy ona była obowiązkową dla mandataryusza. W źró-

[1] (Sive mandatorio) interp. Bortolucci, Il mandato, Bull. XXVIII. 214.
[2] Beseler, Beiträge I. 57 (interp.).
[3] Levy, Konkurrenz I. 179 uw. 3 i 202.
[4] Tak twierdzi Sokołowski, Mandatsbürgschaft 103, częściowo sprzecznie z tem, co trafnie powiedziano o electio na str. 70, 71, 74, 75.

dłach kategorycznej odpowiedzi znaleźć nie możemy, albowiem z natury mandatu wynika, że będąc zleceniem udzielenia kredytu, a zarazem przyrzeczeniem pokrycia [1], zależnie od okoliczności danego wypadku, otwierał wierzycielowi swobodę dochodzenia swej wierzytelności poprzód przeciw głównemu dłużnikowi lub wprost przeciw mandatorowi. Przy mandatum jako umowie gwarancyjnej, obejmującej ewentualną szkodę ustalić się mającą dopiero po bezskutecznem dochodzeniu przeciw temu, za kogo gwarantowano, słuszność i struktura mandatum jako surogatu promissio indemnitatis przemawiała za skargą uprzednią, gdyż wierzyciel dopiero po bezskutecznej exkusyi mógł żądać odszkodowania [2].

Z drugiej strony z mandatum jako obustronnie wiążącej umowy mógł mandataryusz po wykonaniu mandatu, t. j. po udzieleniu kredytu, o ile gotów ustąpić skargę mandatorowi, dochodzić zwrotu wydatków przeciw mandatorowi [3].

Co do kolejności zatem, w jakiej wierzyciel miałby dochodzić wierzytelności, to przy mandatum jest to pozostawione jego swobodnej ocenie. Słusznie też w odniesieniu do prawa klasycznego, zaznacza Geib [4], że tej kolejności dla wszystkich wypadków ustalić niepodobna, gdyż ze zlecenia jako takiego obowiązek uprzedniej skargi nie wypływa, chociaż w danym wypadku dochodzenie przeciw mandatorowi mogło mandataryusza narazić na zarzut nielojalności, a na ten zarzut nie był narażony, o ile w innym wypadku wypłacalność dłużnika była wątpliwą lub zachodziły trudności w dochodzeniu wierzytelności przeciw niemu.

Wśród licznych ustępów źródeł, dotyczących tej kwestyi, charakterystyczne jest silne podkreślanie swobody sukcesywnego dochodzenia jakby gwoli uwydatnienia korzyści, płynącej z mandatum

[1] Brinz, Pandekten II. 776: Deckungsversprechen — Auftrag und Cautio.

[2] In questo caso a rigore di logica il creditore dovrebbe semper rivolgersi daprima contro il debitore principale e solo ove rimanga del tutto o in parte insoddisfatto, avere azione verso il mandante per essere mantenuto indenne. Ma la prassi (almeno nel periodo della decadenza) estese anche a questo caso la libera electio (C. 8, 40, 19). Ferrini, Manuale di Pandette 622. Podobnie Perozzi: Istitutioni di dir. rom. II. 249. Przeciw obu trafnie Bortolucci, Il mandato, Bull. XXVIII. 215 uw. 1, który liberam electionem przyznaje mandataryuszowi już w epoce klasycznej.

[3] Siber, Röm. Rechts II. 190 n. 173.

[4] Geib, Zur Dogmatik 155; Bortolucci, Il mandato, Bull. XXVIII. 213 n.

credendi tak co do swobody formy, jak — i to przedewszystkiem — co do wyzwolenia się wierzyciela z pod grozy procesualnej konsumpcyi, ale o narzuceniu wierzycielowi iure communi obowiązku pozwania dłużnika przed mandatorem niema mowy, w czem leży dowód, że mandatum pecuniae credendae wychodzi poza ramy nieformalnej umowy gwarancyjnej i przez dopuszczalność skargi przeciw mandatorowi z pominięciem dłużnika spełnić jest zdolne ekonomicznie funkcyę poręki.

Pap. D. 17, 1, 56 pr.: Qui mutuam pecuniam dari mandavit, omisso reo promittendi et pignoribus non distractis eligi potest: quod uti liceat si litteris exprimatur, distractis quoque pignoribus ad eum creditor redire poterit: etenim quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, ius commune non laedunt (libro III. resp.).

Papinian poucza pytającego, że mandatum credendi wedle zasad do mandatum się odnoszących dopuszcza skargę wprost przeciw mandatorowi i jest rzeczą obojętną, czy to zastrzeżono czy nie, bo takie zastrzeżenia ius commune non laedunt. Widocznie jednak pytający był zdania, że wierzyciel winien poprzód pozywać głównego dłużnika, że mandatum p. credendae spełnia jedynie funkcyę kaucyi indemnizacyjnej. Temu nie przeczy Papinian, ale wychodząc poza obręb kaucyi przy takiem mandatum, jak z jednej strony przyznaje, że dopuszczalną jest skarga poprzód przeciw mandatorowi, o ile atoli tak się umówiono, to za rzecz ważniejszą uważa podkreślenie tego, że zresztą, choćby wierzyciel poprzód dochodził pretensyi przeciw dłużnikowi względnie szukał pokrycia przez sprzedaż zastawu, to o resztę niepokrytą może (redire potest) zwrócić się przeciw mandatorowi. Słowa Papiniana »quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur ius commune non laedunt« wskazują, że nie odrazu m. pecuniae credendae zapewniało swobodny wybór skargi, że było zrazu raczej surogatem promissionis indemnitatis, przy której obowiązkową była skarga uprzednia, która drogą zastrzeżenia przy umowie mogła być ominięta, lecz później takie zastrzeżenie było już całkiem zbędne, gdyż m. pec. credendae raz wreszcie [1] wtłoczone w ramy mandatum i bez zastrzeżenia dozwalało na dochodzenie pretensyi

[1] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 633: Unter dem Drucke des praktischen Bedürfnisses.

przeciw mandatorowi z pominięciem dłużnika i gwarancyi realnych [1] [2].

W ten sposób m. p. credendae, o ile gwarant bierze odpowiedzialność za wypłacalność dłużnika i o ile wiąże się w ramach istniejącego obligu głównego dłużnika, wprawdzie nie stwarza na wzór fideiussio łącznego obligu trzeciego i mandatora, ale ekonomicznie może uchodzić za rodzaj poręki. Ponieważ jednak ten rodzaj gwarancyi personalnej nie jest akcesoryum głównego długu, przeto np. w razie cesyi wierzytelności taka gwarancya nie przechodzi na cesyonaryusza, gdyż mandator odpowiada samoistnie [3].

2). Zasada wyboru skargi przy poręce w prawie poklasycznem aż do Nov. 4.

Dbały o swój interes wierzyciel, wśród grozy procesualnej konsumpcyi, wykonywał wybór, wynosząc zazwyczaj skargę przeciw wierzycielowi [4]; wątpliwości co do wypłacalności głównego dłużnika można było zawsze znaleźć i uniknąć zarzutu bezwzględności wobec dłużnika (Cic. ad Att. 16, 15, 2. Quinctilianus, Declam. 273, Gai. D. 47, 10, 19), pozostawiając w ten sposób borykanie się regresowe z dłużnikiem ręczycielowi.

Ostrożny wierzyciel skarżył poprzód ręczyciela. Z tej więc strony szły głosy niezadowolenia z istniejącego stanu prawnego, głosy liczne, wobec których przypominano interesowanym, że wśród bogactwa sposobów wzięcia na siebie gwarancyi, mogli przez odpowiednie zastrzeżenia, przyjęte przez wierzycieli, uniknąć rygorów zwykłej poręki. Ilustracyą tego stanu rzeczy są liczne konstytucye cesarskie, które całkiem wyraźnie wskazują, jak odpowiedzialność ręczycieli mogła być dla nich mniej dotkliwą.

Te głosy, będące wyrazem pragnienia reformy, liczne już w III. w. po Chr., dopiero po latach 200 z okładem stały się pod-

[1] Por. Sokołowski, Mandatsbürgschaft 101.

[2] Ferrini, Pandette i Perozzi, Istituzioni, odnoszą liberam electionem do okresu poklasycznego, (wyżej str. 51. uw. 2).

[3] Co do nowożytnej dogmatyki prawa por. Planck, Commentar zum bürg. GB. II. 2. 1400, 1474; Cosack, Lehrb. d. bürg. Rechts 738 n.; Leonhard, Besonderes Schuldrecht des bürg. GB. II 329 n.; Heilfron, Lehrbuch II. 803 i uw. 2 a.

[4] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 822; Siber, Röm. Recht II. 297 i uw. 13.

nietą do przeprowadzenia gruntownej reformy. Przypadła ona w udziale jurysprudencyi z czasów ces. Justyniana. Jednak reforma ta jest raczej wyrazem wzmocnienia pewności kredytu, a nie ulżenia ręczycielom, iure communi ich pozycya w porównaniu do okresu przed c. 28 raczej się pogorszyła. Niema zresztą nic dziwnego w tym uporze prawa klasycznego pozostawienia wyboru wierzycielowi, bo tylko wybór ratował praktyczną wartość poręki, przymus uprzedniej skargi wytrąciłby wierzycielowi z rąk wszelką korzyść z poręki. Odebrać wybór wierzycielowi, utrzymując dogmat procesualnej konsumpcyi, znaczyłoby sprowadzić porękę do zbędnej dla wierzycieli fikcyi ich ubezpieczenia. Toż nie jest to prosty przypadek, że reskrypty cesarskie z w. III po Chr. z naciskiem podnoszą dopuszczalność wyboru przez wierzyciela, o ile w konkretnym wypadku drogą odpowiednich zastrzeżeń ręczyciel za zrzeczeniem się exc. r. iud. v. in i. deductae nie zapewnił sobie uprzedniej skargi przeciw głównemu dłużnikowi, gdyż z mocy prawa samego z fideiussio, a także z mandatum pecuniae credendae, to prawo skargi uprzedniej nie wynikało.

...Cum electionis potestas permittatur creditori. C. 8, 40, 3, a. 208; Iure nostro est potestas creditori relicto reo eligendi fideiussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur; eod. 5. (a. 214); omissis quoque pignoribus fideiussorem... utiliter conveniri (eod. 17.); ...vel fideiussorio sive mandatorio vel quocumque alieno nomine... non posse urgueri creditorem, eum qui mutuam accepit pecuniam quam te convenire, ...si hoc in initio contractus specialiter non placuit, eod. 19, a. 293; Reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere (eod. 23. a. 294.) — cf. C. 5, 57, 2.

Prawnicy klasyczni również dobitnie podkreślają, że przy mandatum pecuniae credendae, wobec braku eadem res i eadem causa, zatem wobec nieistnienia akcesoryjności, wierzyciel ma prawo wyboru, nie narażając się na utratę skargi przeciw osobie niepozwanej, wskazują tem samem na korzyści tego rodzaju gwarancyi personalnej tak dla wierzyciela jak i dla gwaranta, który przy istnieniu m. pecuniae credendae mógł snadnie liczyć, że pierwszy atak skargą wymierzony będzie przeciw dłużnikowi, gdyż wierzyciel nie ryzykując, jak przy fideiussio, utraty skargi, był skłonniejszy pozwać poprzód dłużnika, (D. 17, 1, 56, pr., D. 46, 1, 71, pr.... quamvis enim iudicio convento principali debitore mandator non liberatur).

Dopiero c. 28. C. zrównała fideiussio z mandatum co do dopuszczalności sukcesywnego dochodzenia pretensyi, gdyż jak mandatum nie gaśnie przez wyniesienie skargi przeciw dłużnikowi, tak teraz nie gaśnie fideiussio i sukcesywne dochodzenie może mieć miejsce.

Korzyść z użycia mandatum credendi w okresie przed c. 28. wynikająca, staje się udziałem każdego rodzaju łącznej odpowiedzialności. Także przy fideiussio wierzyciel niezaspokojony przez dłużnika może post ad alium reverti (C. 8, 40, 23.).

W obliczu konstytucyi 28 C. zapewnienia jurystów klasycznych dopuszczalności sukcesywnego dochodzenia pretensyi przy mandatum pecuniae credendae było bez znaczenia, bo ono dotyczyło także fideiussio i dlatego to kompilatorowie tak skrzętnie modernizowali dawniejsze konstytucye cesarskie, wykluczające iure communi skargę sukcesywną ze względu na grozę konsumpcyi procesualnej, która po konstytucyi 28 C., wprowadzającej konsumpcyę solucyjną, stała się bezprzedmiotową, (C. 5, 57, 2, (225)) (interp.), C. 8, 40, 23. (interp.), eod. 15. (interp.), D. 46, 1, 36. (interp.); eod. 51, 3. (interp.)[1] i z tej samej przyczyny obok fideiussio, a w miejsce nieznanej im sponsio, fideipromissio, dodawali mandatum pec. credendae. Ta przeróbka tekstów widoczna jest n. p. w C. 8, 40, 23:

Reos principales [vel mandatores simpliciter acceptos] eligere vel pro parte convenire [vel, satis non faciente contra quem egeras primo, post ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur,] licet (a. 294).

C. 8, 40, 19. Si alienam reo principaliter constituto obligationem suscepisti vel fideiussorio [sive mandatorio] vel quocumque alieno nomine pro debitore intercessisti, non posse urgueri creditorem, eum qui mutuam accepit pecuniam quam te convenire, scire debueras, cum, si hoc in initio contractus specialiter non placuit, habeat liberam electionem (a. 293).

Justynian u wstępu do sławnej c. 28 C. informuje nas, że jego reformę z r. 531 co do fideiussorów i reos promittendi poprzedziła reforma analogiczna co do mandatorów:

... quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur...

---

[1] Levy, Sponsio 201, 203, 191; Tenże, Konkurrenz I. 190; Siber, Röm. Recht. II. 297, 12; Bortolucci, Il mandato. Bull. XXVIII. 225.

Daty ścisłej tej reformy określić niepodobna, zdaje się, że wpada ona nieznacznie w okres przed Justynianem [1] i uchyla skutki procesualnej konsumpcyi w stosunku do mandatorów wspólnie wydających polecenie pecuniae credendae, albowiem i co do mandatum pecuniae credendae było praktykowane wzmiankowane w c. 28 C. pactum, o ile szło o wykluczenie procesualnej konsumpcyi przeciw współmandatorom.

Narzuca się pytanie, dlaczego to wedle relacyi Justyniana w c. 28 pr. zwiastunem wielkiej reformy co do fideiussio i rei promittendi była przed tą konstytucyą dokonana reforma co do mandatorów?

Z pewnością piekącą było potrzebą wobec niepraktycznych stron fideiussio posługiwanie się mandatum p. credendae. Jednak w razie mnogości osób, wydających wspólnie mandatum, groziła wierzycielowi również konsumpcya procesualna w stosunku do niepozwanych, gdyż tylko do mandatorów, oddzielnie wydających mandatum credendi, nie odnosiła się procesualna konsumpcya [2], dla braku eadem causa. Chcąc więc zaadaptować mandatum credendi jako najpraktyczniejszy sposób gwarancyi personalnej, musiano uchylić konsumpcyę co do współmandatorów, uzyskując możność sukcesywnego dochodzenia wierzytelności tak przeciw głównemu dłużnikowi jak i przeciw wszystkim współmandatorom, (Paul S., R. II, 17, 16.).

Przed wydaniem statutum trzeba było osobnego pactum celem wykluczenia konsumpcyi wobec mandatorów niepozwanych. Dlatego to kompilatorowie w C. 8, 40, 23; D. 46, 1, 52, 3, zmienili tekst w duchu c. 28 C. W c. 23, (vel satis... liberetur). W D. 46, 1, 52, 3: Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, [absolutione quoque secuta non liberatur, sed] omnes liberantur [pecunia soluta] [3].

W r. 531 wydana konstytucya 28 C. wprowadza sukcesywne dochodzenie przeciw głównemu dłużnikowi i ręczycielom z prawem wyboru, a bez ryzyka procesualnej konsumpcyi. Mimo liczne głosy,

[1] Eisele, Korrealität, Arch. f. civ. Prax. LXXVII. 460: jünger als Paulus; Levy, Sponsio 211, 2, ze względu na interpolowaną C. 8, 40, 23., przesuwa reformę poza okres Dioklecyana, a niedługo przed Justynianem, ze względu na pokrewieństwo zasadniczej myśli z reformą z r. 531; por. Levy, Konkurrenz I. 200.

[2] Levy, Sponsio 115, 2.

[3] Tenże, Konkurrenz 200.

jak wyżej wspomniano, o ulgę dla ręczycieli w postaci uprzedniej skargi, stan dawny pozostał nietknięty, gdyż w pierwszym rzędzie i reforma z r. 531 ma na względzie bezpieczeństwo kredytu.

Poszukajmyż teraz różnic na platformie c. 28 C. między m. pecuniae credendae a fideiussio. Tak fideiussores jak mandatores mogą pod tymiż samymi warunkami korzystać z beneficium divisionis. Ten stan prawny za czasów Justyniana jest niewątpliwy; jak daleko sięga wstecz co do mandatorów jest rzeczą sporną, bo wątpliwem jest, czy relacya Justyniana w C. 4, 18, 3. a. 531, że epistula d. Hadriani odnosiła się i do mandatum, jest wierna, czy też, że wzmianka o mandatorach jest raczej dziełem samego Justyniana, z czem w związku pozostawałaby domniemana interpolacya tejże kwestyi, dotyczącej Papin. D. 27, 7, 7. [1].

Akcesoryjność długu z fideiussio i takaż akcesoryjność długu z mandatum, nie do pomyślenia w prawie klasycznem, drogą interpolacyi zostaje związana także z mandatum (D. 46, 1, 71 pr.) [2].

Różnica atoli, która w obrocie zapewniła szersze zastosowanie mandatum, to ta, iż mogło ono być zawierane między nieobecnymi.

Mniejsze znaczenie ma różnica między fideiussio a m. pecuniae credendae, różnica na korzyść fideiussio polegająca na tem, że fideiussio mogła być uskutecznioną przed zawarciem, przy, a także po zawarciu umowy z głównym dłużnikiem, podczas gdy mandatum credendi musiało wyprzedzić zawarcie umowy głównej, (Ulp. D. 17, 1, 12, 14.) [3].

Stan prawny przed wydaniem c. 28 przedstawiał się tedy w ten sposób, że iure communi musiał wierzyciel wybierać między skargą przeciw głównemu dłużnikowi a skargą przeciw ręczycielowi. W procesie jednak przeciw głównemu dłużnikowi wzgl. ręczycielowi rozstrzygała eadem res o zgaśnięciu całego stosunku obowiązkowego przeciw wszystkim biernym podmiotom (Gai. III, 180, IV, 108, tollitur obligatio litis contestatione). Wskutek tego zrozumiałem jest, że między materyalno-prawną solucyą a procesualną konsumpcyą istnieje przepaść. A wszak przy fideiussio raczej odwrotnej sytuacyi domaga się interes wierzyciela, ponieważ wierzycielowi mimo wyniesienia skargi przeciw głównemu dłużnikowi musi zależeć na przetrzymaniu

[1] Bortolucci, Il mandato, Bull. XXVIII. 250 n.
[2] Ibid., 245 n.
[3] Rothenberg, Kreditauftrag, Arch. f. civ. Prax. LXXVII. 336 n.

ręczyciela w obligu, czem powodowani kompilatorowie uchylają skutki procesualnej konsumpcyi.

Z poprzednich wywodów odnośnie do okresu klasycznego wynika, że prawnicy klasyczni świadomi tego, jak zasada procesualnej konkurencyi skarg idzie w poprzek praktycznym celom fideiussio, opierali gwarancye personalne na promissio indemnitatis, na madatum pecuniae credendae, na umowach stron, którymi ową zasadę i jej działanie można było w danym wypadku wykluczyć, widzieliśmy, że klasycy szukali surogatów fideiussio, nie mogli zerwać z dogmatem ne bis in idem, litis contestatio i actio dopiero w procesie poklasycznym, w procesie kognicyjnym straciły swój charakter [1], a ta okoliczność torowała kompilatorom drogę do konsumpcyi solucyjnej.

W obliczu c. 28 cyt. umowa o uprzednią skargę przeciw głównemu dłużnikowi ma inne niż w czasach klasycznych znaczenie, ona teraz nie ratowała skargi przeciw innym biernym podmiotom, ona przy fideiussio wciągała w sferę prawnego obowiązku uprzednią skargę przeciw głównemu dłużnikowi, teraz tylko ręczyciel mógł mieć interes w zawarciu takiej umowy. Obowiązek uprzedniej skargi i teraz moralnie tylko wiązał wierzyciela, iure communi i teraz nie istniał, ale po konst. z r. 531 spełniony przez wierzyciela nie pozbawiał go, jak dawniej, prawa skargi przeciw innym biernym podmiotom.

I przyznać trzeba kompilatorom, że uchylając w c. 28 cyt. skutki procesualnej konsumpcyi wyciągnęli jeno konsekwencye z zasadniczo odmiennej za ich czasów struktury procesu, samej fideiussio jako normalnej formie zabezpieczenia kredytu nadali zgodną z jej celem strukturę, nie dopuścili do przymusowego, obowiązkowego uprzedniego dochodzenia przeciw głównemu dłużnikowi, mimo, że w świadomości społeczeństwa z dawien dawna żywą była myśl, że jest rzeczą niestosowną, nieprzyzwoitą, mimo gotowości dłużnika atakować ręczyciela [2], mimo, że w dawniejszych konstytucyach głośnem jest nawoływanie przyciskanych do muru ręczycieli o uprzednią skargę przeciw głównemu dłużnikowi, gdyż już sam brak gotowości do zapłaty ze strony głównego dłużnika, a nie dopiero bezskuteczna przeciw niemu skarga i egzekucya, otwierały wierzycielowi drogę sądowego dochodzenia przeciw ręczycielowi. I to jest stan prawny, przy którym wytrwali kompilatorowie redagując digesta i kodeks.

[1] Levy, Konkurrenz I. 162 n.

[2] Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht 174.

Now. 4 jest tworem po-kompilatorskim, tworem niefortunnym późniejszych doradców Justyniana, którzy w oderwaniu od tradycyi rzymsko-italskiej, mając otwartą drogę sukcesywnego dochodzenia, wskutek fałszywie pojmowanych względów słuszności, wyszli poza normę c. 28, wprowadzając przymus skargi uprzedniej [1]. Przed now. 4 tylko drogą odrębnych zastrzeżeń dopuszczalną była uprzednia skarga czy to zastrzeżeń przy fideiussio, czy przy m. credendi, przy którem ryzyko utraty skargi przeciw mandatorowi już w prawie klasycznem było wykluczone (fr. 13, D. 46, 1.) [2].

Błędnem jest założenie, z którego wychodzi now. 4, podnosząc do znaczenia normy przymusowej to, co w konkretnym wypadku mogło być jeno wynikiem gry interesów między stronami. Wierzyciel zoryentowany w stosunkach majątkowych dłużnika, mógł z dobrą racyą w danym wypadku zobowiązać się do uprzedniego zapozwania dłużnika, a mógł także żądanie ręczyciela odrzucić. Aż do wydania now. 4 ponad względem na ręczyciela góruje wzgląd na bezpieczeństwo wierzyciela, który mając w obligu ręczyciela nie poszedł na owe ulgi wtedy, gdy szansa ściągnięcia długu od dłużnika była iluzoryczna, w jego rękach była ewentualność pozwania w danym wypadku ręczyciela z pominięciem dłużnika. Tego właśnie pozbawia go now. 4.

Ale już sam Justynian wprowadza wyjątek w razie nieobecności dłużnika. Bliżej znaczenia obecności wzgl. nieobecności nowela nie określa. W razie nieobecności dłużnika ma ręczyciel tylko takie beneficum, że może zgłosić gotowość dostawienia w terminie dłużnika i narazie będzie wolny, dopiero gdyby dłużnik w terminie nie stanął lub stając długu nie uiścił i dochodzenie przeciw niemu było bezskuteczne, może wierzyciel dochodzić długu przeciw ręczycielowi.

3). Now. 4 w teoryi prawa pospolitego.

Mimo bogactwa słów zaniechali autorowie noweli bliższego określenia wymogów zastosowania dobrodziejstwa skargi uprzedniej ręczycielowi przyznanego. Dopiero teorya i praktyka, już od czasów glossatorów, drogą interpretacyi wciągając na pomoc inne postano-

[1] Że już w pierwszej połowie II. w. beneficium ordinis obowiązywało w Egipcie, przyjmuje Brassloff, Zur Kenntnis des Volksrechtes in den romanisierten Ostprovinzen des röm. Kaiserreichs. 12, 69, przeciw: Bortolucci, La fideiussione, 285 n. Bull. XVII; Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht 188, 189.

[2] Girard-Mayr, Gesch. d. röm. Rechts II. 823.

wienia źródeł, często w zupełnem oderwaniu od brzmienia samej noweli, starała się owe wymogi zastosowania dobrodziejstwa ustalić, nie mogąc zresztą aż po ostatnie czasy osiągnąć w szczegółach powszechnej zgody i jednolitego stosowania noweli.

Wedle utartej praktyki od czasów glossatorskich pojmuje prawo pospolite to dobrodziejstwo jako przysługującą ręczycielowi excepcyę, z czego wynika, że i po wydaniu now. 4. w zasadzie ma wierzyciel wybór zaatakowania skargą dłużnika lub ręczyciela, przymus zatem pozwania naprzód dłużnika ma znaczenie względne, gdyż nie można twierdzić, że licząc z góry na excepcyę ze strony ręczyciela wierzyciel zawsze pozwie poprzód dłużnika, ewentualność bowiem zgłoszenia excepcyi zależy od ręczyciela, który o ile oblicza, że skarga przeciw dłużnikowi będzie bezskuteczna w słusznej obawie powiększenia długu z poręki o koszta procesu z dłużnikiem, nie zawsze z tego dobrodziejstwa skorzysta. Now. 4. w rozumieniu teoryi prawa procesowego w zasadzie prawa wyboru nie uchyliła, ale je tylko ograniczyła [1]. Swobodny dotąd wybór skargi przez wierzyciela przysługujący mu według pandektów i kodeksu uzależniła nowela od uznania i woli ręczyciela, który przy zachodzących wymogach przeprawia wierzyciela o utratę wyboru, a zmusza go do wyniesienia poprzód skargi przeciw dłużnikowi.

Opierając się na samym tekście noweli, możnaby uprzednią skargę pojmować jako warunek nałożony na wierzyciela, uprzedniego zaskarżenia dłużnika, tak, że przeciw niemu proces i bezskuteczna egzekucya stanowićby winne zasadę skargi przeciw ręczycielowi. Jednak nieprzerwana od glossatorów świadomość, iż tak pojęta subsydyarność osłabia bezpieczeństwo wierzyciela, zmusza go do procesu, którego chcąc uniknąć tylko za poręczeniem udzielił kredytu, nie bacząc na tenor noweli, pojmuje subsydyarność porękі prawa pospolitego w znaczeniu pośredniem [2], w znaczeniu dylatoryjnej excepcyi i w ten sposób oddziela zwyczajną porękę od fideiussio indemnitatis, przy której uprzednia skarga stanowi fundament skargi przeciw ręczycielowi, mimo, że sam tekst noweli równie dobrze na bezpośrednią subsydyarność wskazuje:

...Si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem aut in totum: secundum quod ab eo non potuerit recipere, se-

[1] Jäger, Abhandlung Lindes Ztschr. f. Civ. u. Proz. V. 232.
[2] Mittelbare Subsidiarität, Unger, Einrede, Jahrb. f. Dogm. XXIX. 15.

cundum hoc ad fideiussorem aut mandatorem veniat et ab illo quod reliquum est, sumat...

Więc skoro według teoryi prawa pospolitego ma ręczyciel w swej mocy uczynić iluzorycznem prawo wyboru wierzyciela, to tenże, nie uprzedzony o ewentualnem zgłoszeniu excepcyi, częstokroć znalazł się w położeniu zdania się na przypadek co do wystąpienia ze skargą bądź przeciw głównemu dłużnikowi, bądź przeciw ręczycielowi. Według prawa pospolitego powołanie się na dobrodziejstwo jest koniecznością, gdyż w braku excepcyi ręczyciel będzie zasądzony, albowiem uprzednia skarga przeciw dłużnikowi nie jest fundamentem skargi przeciw ręczycielowi [1].

Ukształtowanie dobrodziejstwa skargi uprzedniej w postaci exceptio excussionis w teoryi i w praktyce prawa pospolitego, będące w zasadzie ograniczeniem swobodnego wyboru wierzyciela, jest niewątpliwie powodowane tendencyą, by przez względny przymus skargi uprzedniej otworzyć wierzycielowi szansę, w razie niezgłoszenia excepcyi, dochodzenia pretensyi przeciw ręczycielowi, by mu w braku gotowości zapłaty ze strony dłużnika pozostawić w zasadzie możność dochodzenia pretensyi przeciw ręczycielowi. Bezpieczeństwo wierzyciela byłoby jeszcze mniejsze i położenie jego jeszcze trudniejsze, jeśliby nałożono na niego bezwzględny obowiązek skargi uprzedniej, jeśliby skargę uprzednią uważać chciano nie za dobrodziejstwo, ale za warunek skargi przeciw ręczycielowi.

Bizantyńska szkoła, mijając się z zasadniczym celem poręki, a wkraczając na śliski teren socyalno-politycznych eksperymentów [2], pojmując porękę jako środek, mający chronić wierzyciela tylko przed niewypłacalnością, a nie także przed brakiem gotowości spełnienia obligu przez dłużnika, nałożyła na wierzyciela w razie obecności dłużnika ewentualny obowiązek skargi uprzedniej.

To bizantyńskie pojęcie posiłkowości w postaci uprzedniej skargi stępiła jednak nieco teorya i praktyka średniowiecza przyjmując tylko posiłkowość pośrednią.

Pomysł oparcia pojęcia subsydyarności o uprzednią skargę jest niefortunny, nietylko podważa cel i znaczenie poręki, ale przeciwstawia się wyobrażeniom obrotu, który w poręce widzi środek zre-

[1] Dernburg, Pandekten II. 714: eine Rechtswohltat des Bürgen, keine Bedingung an sich...

[2] Protokolle für die II. Lesung des Entw. d. Bürg. GB. II. 469.

alizowania obligu z ominięciem drogi procesowej. Ręczyciel bierze na siebie oblig, o ile zajdzie brak gotowości lub niemożność spełnienia przez dłużnika, lecz ani ręczyciel ani wierzyciel nie liczą na ewentualność zaspokojenia przez ręczyciela dopiero po przeprowadzeniu procesu i bezskutecznej egzekucyi przeciw dłużnikowi. Jeśliby ręczyciel w danym wypadku chciał odpowiadać jedynie w razie niewypłacalności dłużnika, to taką dygresyę od przeciętnego pojmowania poręki w obrocie realizowała w rzymskiem prawie klasycznem gwarancya w postaci t. zw. promissio indemnitatis (w prawie pospolitem t. zw. fideiussio indemnitatis).

Obrót w ręczycielu widzi osobę, która w miejsce dłużnika świadczyć będzie, a nie osobę, która wyrówna szkodę z powodu niemożności świadczenia przez dłużnika [1]. Obrót posługuje się ręczycielem, który, czy to w braku odpowiednich zasobów po stronie dłużnika, czy to w razie nadużycia zaufania choćby przez zasobnego dłużnika, swoim majątkiem nadrobi to, czego brakło ze strony dłużnika, (Pomp. D. 45, 1, 112, 1.) (interp.) [2].

Gdyby autorowie noweli 4. byli wniknęli w istotę i znaczenie t. zw. fideiussio indemnitatis, która jest instrumentem dania wyrazu odpowiedzialności gwaranta na wypadek niewypłacalności dłużnika, która zatem pojęciowo związana jest z uprzednią skargą i pojęciowo uwydatnia warunkowy oblig gwaranta, nie byliby nigdy wpadli przy normalnej poręce na kryteryum uprzedniej skargi i nie byliby przez ten pomysł spowodowali zbliżenia poręki do pojęciowo odmiennej fideiussio indemnitatis, mimo że struktura fid. indemnitatis a także jej funkcya gospodarcza różną jest od zwyczajnej poręki, mimo że fideiussio indemnitatis jest w swej istotnej funkcyi umową odszkodowawczą, którą poręka nie jest [3].

Teorya i praktyka prawa pospolitego odczuwały atoli, że nawet w postaci exceptio excussionis dobrodziejstwo skargi uprzedniej zbytnio umniejszało wartość poręki, czem się tłómaczy dążność ustalenia licznych wyjątków od zastosowania tego dobrodziejstwa. Extenzywna interpretacya now. 4, znającej jedyny wyjątek absentiae dłużnika w okręgu sądowym wierzyciela przy równoczesnej obecności

[1] Siber, Zur Theorie von Schuld u. Haftung, Jahrb. f. Dogm. L. 112 n.

[2] Beseler, Beiträge III. 135.

[3] Vangerow, Pandekten III. 141. uważa w związku z now. 4. obie instytucye za identyczne, przeciw, wskazując na różnicę procesualną; Sokołowski, Mandatsbürgschaft 7 n.; Geib, Zur Dogmatik 31.

ręczyciela, wprowadziła szereg innych wyjątków, które wszystkie streszczają się bądź w tem, że nie należy zmuszać wierzyciela do skargi uprzedniej, o ile w danym wypadku z góry przyjąć można jej nierealność, lub o ile dochodzenie pretensyi przeciw dłużnikowi byłoby połączone dla wierzyciela z większemi trudnościami niż te, jakieby były związane z dochodzeniem przeciw ręczycielowi. Rozwlekłe spory towarzyszą dociekaniu, kiedy uważać dłużnika jako obecnego, co wreszcie musiało być oddane ocenie sędziego w konkretnym wypadku. W nowszych czasach utarła się była praktyka, że dłużnik, przybywający na terytoryum państwa, uważany był z reguły za obecnego, chyba, żeby miejsce jego pobytu nie było znane.

Zgodnie z uzasadnieniem now. 4, wykluczającej skargę uprzednią w razie nieobecności dłużnika... durum est creditorem alio mittere, quum statim a fideiussore aut mandatore aut constituente exigere possit... przyjmuje się jako utrudnienie i inne wypadki. Ustalenie owych wypadków jest płynne i chwiejne, bo względne jest znaczenie »utrudnienia«, gdyż wogóle powiedzieć trzeba, że utrudnieniem dla wierzyciela będzie każdy wypadek odcięcia mu możności dochodzenia przeciw ręczycielowi, albowiem w każdym wypadku tylko wierzyciel w miarę okoliczności ocenić może, czy wyniesienie skargi przeciw dłużnikowi, jako utrudnienie dlań uchodzić może. To też teorya pandektowa w wieku XVII wyszukując wypadki takich utrudnień, naliczyła ich aż 91 (Girtanner 226 n.), dokumentując tem najwymowniej nieracyonalność samej zasady skargi uprzedniej. Ostatecznie cały ciężar kwestyi, czy dochodzenie przeciw dłużnikowi, dla wierzyciela bardziej jest uciążliwe niż przeciw ręczycielowi oddano ocenie sedziego. Toteż słusznie zauważył Dernburg [1], że to dobrodziejstwo, zrozumiałe przez wzgląd na ręczyciela, może przecież łatwo być nadużyte celem przewlekania sprawy i szykanowania wierzyciela, czemu mają przeciwdziałać wyjątki.

Celem i przeznaczeniem poręki jest zabezpieczyć wierzyciela w uzyskaniu zapłaty. Utrudnieniem w uzyskaniu zapłaty jest konieczność użycia drogi sądowej. Poręka tę trudność umniejszyć winna, co tylko tą drogą osiągnąć się daje, że wierzyciel snadnie liczyć może na ewentualność dobrowolnej zapłaty przez ręczyciela, a jeśliby go ta nadzieja zawiodła, to liczyć może na to, że jednym procesem,

[1] Dernburg, Pandekten II. 714.

czy to przeciw dłużnikowi, czy przeciw ręczycielowi wytoczonym, osiągnie zaspokojenie i normalnie przyjąć należy, że żądając poręki w braku zaufania pełnego czy do osoby dłużnika czy do jego majątku, przez wyniesienie skargi przeciw ręczycielowi jednym procesem usunie przeszkodę, jaka mu stanęła w drodze w dążeniu do zaspokojenia. Tę szansę zredukowania ewentualnych procesów paraliżuje subsydyarność wedle pomysłu noweli Justyniańskiej, która bez względu na trudności faktyczne związane z prowadzeniem procesu przeciw dłużnikowi, bez względu na szanse uzyskania od niego zapłaty, zależnie od widzimisię ręczyciela, pragnącego raczej odwlec zapłatę ze swej strony, zmusza wierzyciela do wczęcia procesu przeciw dłużnikowi, pozostawiając mu jedyną pociechę w tem, że w danym wypadku prowadzenie procesu przeciw dłużnikowi nie będzie dlań uciążliwsze, niżby było prowadzenie procesu przeciw ręczycielowi, pociecha bez znaczenia dla wierzyciela, który żądając ręczyciela z góry chciał wykluczyć niepewność szansy dojścia do zapłaty w oparciu o osobę dłużnika, poza którym tę szansę oparł na osobie ręczyciela.

Osądzając rzecz ze stanowiska polityki prawnej, now. 4. stwarza zachętę dla ręczyciela wprowadzenia w ruch aparatu sądowego nie gwoli niewątpliwej realizacyi pretensyi wierzyciela, a tylko gwoli odwleczenia zapłaty, a nierzadko gwoli szykany wierzyciela, w ostatecznym wyniku stwarza zachętę do mnożenia procesów zamiast temu przeciwdziałać. To też zupełnie zdrową była praktyka, już od glossatorów się datująca, która dopuszczała zrzeczenia się dobrodziejstwa noweli [1], co chyba winno było być wymowną wskazówką dla nowożytnych kodyfikacyj zarzucenia dobrodziejstwa, z którego obrót nie chce korzystać [2].

Bo też zapytać należy, czy kapitalista wdałby się w interes kredytowy, gdyby uprzytomnił sobie, że w braku gotowości ze strony dłużnika, a konieczności wstąpienia na drogę sądową, winien się liczyć z ewentualnością przedewszystkiem dochodzenia przeciw dłużnikowi nim uzyska możność wstąpienia na drogę ewentualnego procesu przeciw ręczycielowi mimo, iż dlatego żąda poręki, iż nie ma pełnego zaufania do dłużnika lub do jego wypłacalności!

[1] Girtanner, Bürgschaft 200, 223, 293, 446.
[2] Unger, Einrede 6; Motive zum bürg. GB. II. 658, 668.

4. Subsydyarność poręki w prawach nowożytnych.

Na ogół stwierdzić należy, że ustawodawstwa nowożytne pozostały w pojmowaniu subsydyarności poręki na stanowisku noweli Justyniańskiej. W szczegółach rozchodzą się w tym kierunku, że jedne posiłkowość skargi i egzekucyę w majątku dłużnika wiążą z pojęciem poręki. Na tem stanowisku stoi, odosobniony zresztą, kodeks pruski, wedle którego skarga i egzekucya przeciw dłużnikowi stanowią fundament skargi przeciw ręczycielowi, w braku którego wierzyciel musi być oddalony (ALR I, 14, §. 283).

Niejasne w tej mierze jest stanowisko Cod. civil. (art. 2021, 2022, w związku z art. 2011). Definicya poręki w art. 2011 wskazywałaby na posiłkowy charakter poręki, przyczem jako wyraz posiłkowości uznanem być może pozasądowe upomnienie dłużnika. Wierzyciel, upomniawszy dłużnika, może skutecznie skarżyć ręczyciela, któremu atoli służy dobrodziejstwo skargi uprzedniej [1].

Inne ustawodawstwa, i to niemal wszystkie, pozostawiają uznaniu ręczyciela, czy z dobrodziejstwa uprzedniej skargi chce lub nie chce korzystać, oddając możność korzystania z dobrodziejstwa w ręce samego ręczyciela i uznając tem samem tylko pośrednią subsydyarność poręki wzorem teoryi pandektowej, według której subsydyarność z pojęciem poręki związaną nie jest (Kod. saski §. 1449, 1461, kod. szw. art. 495, proj. baw. art. 858, 874 [2], kod. włoski art. 1908 n.).

Przez związanie subsydyarności z pojęciem poręki kodeks pruski ustala tem samem stosunek ręczyciela jako w drugim rzędzie odpowiedzialnego dłużnika (Nachschuldner), podczas gdy wszystkie inne powołane wyżej prawodawstwa ustalają stosunek ręczyciela i dłużnika wobec wierzyciela jako odpowiedzialnych jeden obok drugiego (Nebenschuldner), aczkolwiek z ewentualnem dobrodziejstwem ręczyciela przeciwstawienia excepcyi excussionis.

Zupełnie odrębne stanowisko w pojmowaniu subsydyarności zajmuje kodeks austryacki, wyróżniając się od wszystkich wyżej wzmiankowanych prawodawstw. I on wiąże subsydyarność z pojęciem poręki, kształtując ją zatem jako twór posiłkowy i warunkowy, ale pojmuje tę subsydyarność jako obowiązek sądowego lub choćby

[1] Unger, Einrede 24; Regeniter, Einrede 51 n.

[2] Por. Motywy do proj. baw. 258, na które powołuje się Unger, Einrede 25 uw. 18.

pozasądowego upomnienia, nie żąda procesu uprzedniego i egzekucyi przeciw dłużnikowi, myśl odpowiedzialności subsydyarnej, odpowiedzialności ręczyciela w dalszem leżącej polu, realizuje przez upomnienie dłużnika, które też stanowi fundament skargi ewentualnie przeciw ręczycielowi skierować się mającej. Autorowie kodeksu austryackiego odwracają się świadomie od postanowień Justyniańskiej noweli 4., a natomiast instynktownie akomodują się do prawa digestów i kodeksu, do konstytucyi 28 C. 8, 40, która oddała wierzycielowi swobodny wybór od kogo, od dłużnika, czy od ręczyciela, ma zacząć sądowe dochodzenie wierzytelności.

Ten odwrót twórców kodeksu austryackiego od niemal powszechnie za ich czasów recypowanej noweli Justyniańskiej ilustruje wgląd w historyę powstania kodeksu austryackiego:

§. 1355. Der Bürge kann in der Regel erst dann belanget werden, wenn der Hauptschuldner auf des Gläubigers gerichtliche oder aussergerichtliche Einmahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllet hat.

Materyały do powstania kodeksu austryackiego wskazują, jak to między starogermańską paremią »den Bürgen muss man würgen«, a beneficium excussionis prawa Justyniańskiego umiano wybrać złoty środek nie przyjmując krańcowości wspomnianych stanowisk.

Projekt Hortena, będący pierwszą przeróbką Codicis Theresiani, recypował stanowisko starogermańskiego prawa. (Harrasovsky III., Cap. VIII. §§. 37—39, §. 38 »allzeit schuldig den Bürgen vor dem Hauptschuldner zu belangen...«). Dopiero projekt Martiniego, druga przeróbka kodeksu Terezyańskiego, a za nim kodeks zachodnio-galicyjski, przerzuciły się na stanowisko prawa Justyniańskiego, pojmując atoli wbrew teoryi prawa pospolitego uprzednią skargę jako spełnienie warunku, stanowiącego fundament skargi przeciw ręczycielowi (proj. Martiniego III. 15, §§. 6, 9, 20; §. 9. »Nachschuldner«, kod. zach.-galic. §§. 495, 498, 509, 510)[1].

Wśród narad nad kodeksem austryackim zarysowały się ostre przeciwieństwa między solidarną odpowiedzialnością dłużnika i ręczyciela a skargą i egzekucyą uprzednią przeciw dłużnikowi. Wśród licznych wahań członków komisyi kodyfikacyjnej, a i samego Zeillera, który zrazu stał na stanowisku prawa Justyniańskiego, upadła wreszcie teza noweli 4. głównie pod wpływem argumentu, że nie należy

[1] Ofner, Protokolle II. 218, 219, 443, 444; por. Unger, Einrede 17 n.

zmuszać wierzyciela do kosztownych i z reguły bezcelowych sporów, przepisując mu ich kolejność, lecz, że należy mu zostawić swobodny wybór w ocenie decyzyi, czy przez dochodzenie przeciw dłużnikowi lub ręczycielowi łatwiej dojdzie do zapłaty. Dopiero 7 września 1807 r. przerzuca się Zeiller na stanowisko subsydyarności poręki, lecz wbrew prawu Justyniańskiemu nie w znaczeniu uprzedniej skargi, ale w znaczeniu sądowego lub pozasądowego upomnienia dłużnika, a znaczna większość członków komisyi przychyliła się do tak pojmowanej subsydyarności. To uprzednie upomnienie podtrzymuje zasadę, że ręczyciel odpowiada w drugim rzędzie, co też uwydatniono w samem pojęciu poręki w §. 1346 k. a. „Hier bleibt der erste Schuldner noch immer der Hauptschuldner, und der Bürge kommt nur als Nachschuldner hinzu.

Skoro odpowiedzialność ręczyciela jest posiłkową i pomocniczą, to właśnie uprzednie upomnienie dłużnika ten charakter poręki dostatecznie uwydatnia, gdyż z natury rzeczy leży w pojęciu poręki jej posiłkowy charakter, ale nie w tem jedynie znaczeniu, że ona chronić ma przeciw niewypłacalności, ale i w tem, że ma chronić przeciw brakowi gotowości zapłaty ze strony dłużnika, w którym to ostatnim wypadku wierzyciel przez upomnienie dostatecznie stwierdza brak gotowości wykonania ze strony dłużnika i uzyskuje możność dochodzenia pretensyi przeciw ręczycielowi. Ręczyciel, któryby mniej rygorystycznie chciał odpowiadać tylko w razie niewypłacalności dłużnika, ma swobodę zawarcia tak zmodyfikowanej umowy o porękę według §. 1356. To przeciwstawienie w §. 1356 t. zw. fideiussio indemnitatis prawa pospolitego, zwyczajnej poręce, jest zarazem dowodem, że twórcy kodeksu austryackiego nie przyjmują wyobrażenia, jakoby w umowie o zwyczajną porękę wedle pojmowania obrotu mieściła się wola odpowiedzialności, o ile dłużnik wykonać nie może, a nie zarazem wola, o ile wogóle nie wykona [1]. W braku gotowości zapłaty ze strony dłużnika wierzyciel, mając otwartą drogę sądową przeciw ręczycielowi, liczy właśnie na dobrowolną zapłatę ze strony ręczyciela, liczy na to, że uniknie wszelkich trudności w uzyskaniu zapłaty, a nie liczy jedynie na to, że ratunkiem dlań będzie poręka, o ile dłużnik będzie niewypłacalny. Tak pojmował rzecz Zeiller [2] zgodnie z duchem rzymskiego prawa

[1] Unger, Einrede 15.
[2] Zeiller, Kommentar IV. 21 n. 29 n. 30.

klasycznego, wedle którego poręka chroni przeciw ociąganiu się z zapłatą długu przez dłużnika, choćby w danym wypadku, gdy wierzytelność kryta jest równocześnie zastawem, o niemożności zaspokojenia z majątku dłużnika nie było mowy.

Pap. D. 46, 1, 51, 3: Creditor pignus distrahere non cogitur, si fideiussorem simpliciter acceptum omisso pignore velit convenire (por. §. 1360 kod. austr.).

Po sądowem lub nawet pozasądowem upomnieniu dłużnika ma wierzyciel otwartą drogę sukcesywnego dochodzenia pretensyi i to wraz ze swobodą kolejności pozwania.

5. Dobrodziejstwo uprzedniej skargi w kodeksie niemieckim.

Subsydyarność poręki pośrednia prawa pospolitego może mieć znaczenie praktyczne zależnie od woli ręczyciela. Tak ukształtował ją także i kodeks niemiecki w §. 771.

»Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat«. (Einrede der Vorausklage).

§. 765 kod. niem. określając pojęcie umowy o porękę, pomija wzmiankę o subsydyarności poręki. Wierzyciel z własnej inicyatywy nie ma obowiązku podejmować jakichkolwiek kroków wobec dłużnika.

I kodeks niemiecki zna tylko pośrednią posiłkowość poręki.

§. 765 kod. niem. ust. 1. — Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.

Kodeks niemiecki w uprzedniej skardze widzi tylko dobrodziejstwo przyznane ręczycielowi. I wedle kod. niem. subsydyarność w rozumieniu skargi uprzedniej ma praktyczne znaczenie dopiero w procesie, gdy ręczyciel zgłosi excepcyę. Kodeks niemiecki, zgodnie z przeważającą ilością nowożytnych ustawodawstw, stojąc na stanowisku exceptio excussionis, oddaje aktualność subsydyarności swobodnej decyzyi ręczyciela, któremu to stanowisku przeciwstawia się jedynie kodeks pruski i kodeks austryacki, wedle których uprzednie zaskarżenie dłużnika względnie upomnienie stanowi fundament skarg przeciw ręczycielowi (bezpośrednia subsydyarność).

W toku obrad nad kodeksem niemieckim przytaczano szereg argumentów przeciw zatrzymaniu dobrodziejstwa skargi uprzedniej jako sprzecznej z celem i z istotą poręki, obstając zresztą przy pojęciu poręki, z którą związany jest moment posiłkowości w tem znaczeniu, że ręczyciel odpowiada w drugim rzędzie, o ile dłużnik obligu nie spełni. Powoływano się na to, że stwierdzenie niespełnienia obligu nie powinno i nie musi być uzależnione od bezskutecznej skargi i egzekucyi, gdyż co najmniej z treści umowy o porękę nie wynika, co ma czynić wierzyciel w celu stwierdzenia niespełnienia obligu przez dłużnika. Jeśli ręczyciel odpowiada za wykonanie zobowiązania, to postulatowi posiłkowości staje się zadość, jeśli stwierdzonem będzie, że d ł u ż n i k nie wykonał, jeśli zatem mimo wezwania dłużnik nie wykonał, z czego wynika, że jako kryteryum posiłkowej poręki uchodzić winno żądanie wykonania z przyznaniem odpowiedniego respiro [1]. Mimo nawoływań Ungera, ówczesni zwolennicy liberalnej szkoły prawa, dla której prawo jest urzeczywistnieniem woli stron [2], przyjęli wbrew Ungerowi za pewnik, że wolą ręczyciela jest nietylko odpowiadać w drugim rzędzie, ale tylko na wypadek, iż dochodzenie przeciw dłużnikowi będzie bezskuteczne [3].

Mieli jednak autorowie kodeksu mimo wszystko pewne wątpliwości o istnieniu owej stałej i niezmiennej woli po stronie ręczyciela, na co wskazuje okoliczność, iż nie wprowadzili do pojęcia poręki elementu skargi uprzedniej, ale zatrzymali się na stanowisku t. zw. pośredniej posiłkowości, której aktualność w danym wypadku zależy od zgłoszenia przez pozwanego ręczyciela excepcyi. Autorowie kod. niemieckiego, zapatrzeni w przeważającą większość współczesnych ustawodawstw, zarzucenie beneficium excussionis uważali za niewskazane nowatorstwo, sprzeczne z wyobrażeniem obrotu, zdolne sprowadzić większe szkody niż te, na jakie jest narażony obrót i bezpieczeństwo wierzyciela przy utrzymaniu beneficium excussionis. Byli zresztą zdania, że przez bardziej celowe, niż to ma miejsce w prawie pospolitem, ustalenie wyjątków, w których beneficium odpada, pogodzą wyobrażenie społeczeństwa (wedle ich poj-

[1] P r o t o k o l l e II. 470: dass der Gläubiger zuerst die Leistung vom Hauptschuldner fordere und angemessene Zeit auf die Leistung derselben warte.
[2] Ł y s k o w s k i, Kod. cyw. R. P., Ks. I., Uzasadnienie Cz. I. 20.
[3] M o t i v e II. 668.

mowania) z postulatem bezpieczeństwa kredytu, modyfikując w pewnej mierze sposób przeprowadzenia uprzedniej skargi i egzekucyi.

O ile mianowicie idzie o zobowiązania pieniężne (a one stanowią regułę), to przymus egzekucyi ograniczono tylko do ruchomości (na nieruchomościach lub wierzytelnościach dłużnika wierzyciel nie ma obowiązku szukać pokrycia). (§. 772 k. n.). Ograniczenie to jest pewnem ułatwieniem dla wierzyciela, ale ze stanowiska zasadniczego, które w woli ręczyciela chce znaleźć jedyne oparcie, jest nieuzasadnione i niesprawiedliwe, bo w konsekwencyi prowadzi do wyniku, że ręczyciel odpowiadać może ostrzej niż główny dłużnik, gdyż w danym razie wierzyciel, przeprowadziwszy bezskutecznie egzekucyę w ruchomości dłużnika, już bez żadnych ograniczeń będzie mógł poszukiwać swej pretensyi na całym, więc i na nieruchomym majątku ręczyciela [1]. Jeśli dłużnik i ręczyciel posiadają tylko nieruchomości lub wierzytelności, to wierzyciel bez liczenia się z ewentualnością excepcyi, może poza dłużnikiem odrazu pozywać ręczyciela, co sprzecznem jest również z zasadniczą przesłanką, z której wychodzi kod. niemiecki, że ręczyciel odpowiada w razie bezskutecznej egzekucyi przeciw dłużnikowi [2].

O ile idzie o pozytywne wyjątki, wykluczające zastosowanie dobrodziejstwa uprzedniej skargi, to nie można przyjąć, by kodeks niem. w ustaleniu tych wyjątków poszedł po linii interesów wierzyciela, gdyż co do nieobecności dłużnika uchyla beneficium tylko w razie, gdy po zawarciu poręki dłużnik zmienił miejsce zamieszkania wzgl. pobytu, z czego wynika, że o ile dłużnik przebywał w chwili zawarcia poręki zagranicą, to choćby ręczyciel bawił w kraju, wierzyciel nie może dłużnika uważać za nieobecnego i musi przeciw niemu podjąć trud dochodzenia pretensyi przed sądami zagranicznemi, co chyba jest znacznem utrudnieniem. (§. 773 k. n.). W tym kierunku zmiana, w porównaniu z prawem pospolitem, wprost jest dla wierzyciela krzywdząca. Podczas gdy wedle prawa pospolitego rozstrzygającem było pytanie, czy wskutek pobytu dłużnika zagranicą dochodzenie przeciw niemu jest utrudnione, to wedle kodeksu niemieckiego rozstrzygające jest, czy zmiana pobytu po nawiązaniu poręki nastąpiła, i czy przez nią dochodzenie jest utrudnione.

[1] Motive, II. 669, 670; Unger, Einrede II.; Protokolle, II. 470; Sokołowski, Mandatsbürgschaft 7. n.; Eck, Vorträge 569.
[2] Regeniter, Einrede 69.

Wedle prawa pospolitego oceniał sędzia, czy oddalenie dłużnika od miejsca zamieszkania wierzyciela utrudnia dochodzenie, podczas gdy wedle kodeksu niemieckiego rozstrzyga zmiana zamieszkania wzgl. pobytu dłużnika po zawarciu umowy o porękę tak, że dopiero w razie zajścia takiej sytuacyi sędzia wdać się może w ocenę, czy w tej sytuacyi dochodzenie przeciw dłużnikowi, bawiącemu zagranicą, jest utrudnione. Wedle prawa pospolitego wierzyciel nie miał obowiązku dochodzić pretensyi przeciw dłużnikowi, bawiącemu zagranicą, czego mu nie oszczędza kodeks niemiecki z wyjątkiem wypadku zmiany przez dłużnika mieszkania wzgl. pobytu po zawarciu poręki. Inne ustawodawstwa, w razie opuszczenia granic państwa przez dłużnika, zastosowanie beneficium wprost uchylają. Kodeks niemiecki, po stwierdzeniu zmiany pobytu, oddaje ocenę utrudnienia dochodzenia przeciw dłużnikowi sędziemu.

Autorowie kodeksu niemieckiego, licząc się z ewentualnością procesów na podłożu poręki wyniknąć mogących, uważali, że względy polityki prywatno-prawnej przemawiają na korzyść skargi uprzedniej, gdyż, ich zdaniem, lepiej będzie, gdy wierzyciel pozwie dłużnika, niżby miał ręczyciel płacący w drodze regresu pozywać tego dłużnika [1]. Przyjmując nawet, że ten moment ze względu na bliski zazwyczaj stosunek ręczyciela do dłużnika nie jest bez znaczenia, to gdzież pewność, że w razie wyniesienia uprzedniej skargi przeciw dłużnikowi, uniknie się regresowej skargi ręczyciela przeciw dłużnikowi, jeśli tenże mimo pozwania go nie zaspokoi wierzyciela otwierając mu skargę przeciw ręczycielowi, a tem samem w dalszem polu skargę regresową ręczyciela przeciw sobie!

6. Dobrodziejstwo skargi uprzedniej w projekcie francusko-włoskim.

Projekt francusko-włoski (art. 719, 720, 721) utrzymał w zasadzie beneficium excussionis, lecz przez nałożenie na ręczyciela obowiązku wskazania wierzycielowi majątku dłużnika, położonego w obrębie państwa i uprzedniego zaliczenia kosztów sporu, uczynił bezwartościowem stosowanie w praktyce tego dobrodziejstwa. Ręczyciel, zaznajomiwszy się ze złym stanem majątkowym dłużnika i nie widząc szansy ulżenia sobie przez chwilowe odroczenie zapłaty

[1] Protokolle II. 470: Richtiger sei es, dass der Gläubiger das Odium des Prozesses auf sich nehme.

za złożeniem kosztów procesu wierzyciela z dłużnikiem, raczej zrezygnuje z beneficium, chroniąc się w ten sposób przed ewentualnością powiększenia ciążącego na nim obligu o kwotę kosztów uprzedniego procesu wierzyciela z dłużnikiem i raczej zapłaci dług zamiast składać na razie koszta procesowe w braku widoków na to, iż po bezskutecznej egzekucyi przeciw dłużnikowi i uiszczeniu długu przez się, drogą regresu wydostanie kapitał teraz wyłożony i koszta poprzednio zaliczone.

Natomiast jeśli dłużnik, majątkowo zasobny, dobrowolnie nie płaci, to przyjąć należy, że wierzyciel przeciw niemu skieruje skargę, mając szansę w drodze skargi i egzekucyi osiągnąć zaspokojenie swojej pretensyi. Tem się też tłómaczy, że projekt francusko-włoski, prócz wypadku zrzeczenia się dobrodziejstwa skargi uprzedniej, nie zna innych wyjątków uchylających stosowanie beneficium excussionis. I słusznie też zaznaczają motywa do projektu francusko-włoskiego, że drobnostką jest owe dobrodziejstwo przyznane ręczycielowi se si pensi che per prevalersene egli deve anticipare al creditore principale le spese per l'esecuzione contro il debitore [1].

Znamiennem jest również, że projekt w pojęciowem określeniu poręki w przeciwieństwie do Cod. civ., a zgodnie z kodeksem niemieckim porzuca moment posiłkowości i warunkowości poręki:

Art. 706.: E' fideiussore colui che garantisce personalmente al creditore l'adempimento dell'obligazione di un terzo.

wprowadzając w art. 720 beneficium ordinis w postaci skargi uprzedniej jako rodzaj posiłkowości tylko pośredniej, t. j. o ile na to dobrodziejstwo pozwany ręczyciel się powoła:

Art. 720.: Il creditore non é tenuto ad escutere il debitore principale, se non quando il fideiussore ne faccia istanza nei primi atti della causa contro di lui promossa.

Przymus skargi uprzedniej według projektu francusko-włoskiego ma tedy znaczenie względne, zasadniczo ma wierzyciel prawo wyboru skargi między dłużnikiem a ręczycielem, a fundamentem skargi przeciw temu ostatniemu jest tylko istnienie długu i zawarcie umowy o porękę tak, iż w razie niejawienia się ręczyciela na wyznaczonej audyencyi zapadnie wyrok skazujący, choćby z treści skargi nie wynikało, że przeciw dłużnikowi skargę uprzednio wytoczono i bezskuteczną egzekucyę podjęto.

[1] Progetto di codice delle obligazioni e dei contratti CLXXX.

II.

Upomnienie dłużnika jako kryteryum posiłkowej poręki de lege ferenda.

1. Zasadniczem założeniem, na którem wspiera się kredyt jest zaufanie do osoby dłużnika (fides) i do jego zasobów materyalnych (patrimonium). Wierzyciel, mając wątpliwości co do gotowości dłużnika i jego dobrej woli uiszczenia się na czas z długu, lub obawiając się zmiany niekorzystnej w stosunkach majątkowych tegoż dłużnika w chwili zapadłości długu, posługuje się ręczycielem, który w danym wypadku w miejsce dłużnika spełnić winien ciążący na nim obowiązek.

Prawo pandektów i kodeksu Justyniańskiego niezachwianie, aż do now. 4. Justyniana przyjmuje obok dłużnika akcesoryjną odpowiedzialność ręczyciela. W prawie klasycznem posiłkowość poręki upatrywaćby można jedynie w tem, że wierzyciel gwoli stwierdzenia zwłoki dłużnika, winien go upomnieć (interpellatio), przez co prawo rzymskie pokrywa się ze stanowiskiem tych prawodawstw nowożytnych, które uznając posiłkowość poręki, jako tej posiłkowości odpowiednie kryteryum uważają sądowe lub choćby pozasądowe upomnienie dłużnika. Natomiast skarga uprzednia jako znamię posiłkowości ani w prawie klasycznem ani w prawie poklasycznem iure communi nie istnieje, wierzycielowi w związku ze zwyczajną poręką, czy to w formie fideiussio, czy nawet w formie mandatum pecuniae credendae zeznaną, narzuconą być nie może. W prawie klasycznem, narzucenie obowiązku skargi uprzedniej przy fideiussio przyprawiłoby wierzyciela o stratę skargi przeciw ręczycielowi i czyniłoby bezprzedmiotowem zabezpieczenie wierzyciela, w prawie poklasycznem aczkolwiek nie powodowałoby zwolnienia ręczyciela, to jednak umniejszałoby wartość zabezpieczenia i przeciągałoby ze szkodą wierzyciela jego zaspokojenie, gdyż bezpieczeństwo kredytu, któremu służyć ma poręka, polegać musi w tem, że zależnie od konstelacyi stosunków w chwili płatności długu, winna być pozostawiona wierzycielowi decyzya, u którego z odpowiedzialnych za dług podmiotów biernych łatwiej i szybciej liczyć może na zaspokojenie. Now. 4, narzucając obowiązek skargi uprzedniej, chroni wierzyciela jedynie przed niewypłacalnością dłużnika i z ujmą dla sprawności kredytu naraża wierzyciela na zwłokę w zapłacie, pod-

czas gdy pewność kredytu chronić ma wierzyciela także przed niewykonaniem wczas obligu. Ten właśnie moment miała od czasów glossatorskich na oku teorya prawa pospolitego i rzekomo zgodnie z duchem now. 4. odmawiała dobrodziejstwa skargi uprzedniej wtedy, gdy jego realizacya narażałaby wierzyciela bądź na bezowocność kroków podjętych przeciw dłużnikowi, bądź na znaczną zwłokę i znaczne trudności w realizacyi pretensyi. Wyjątki zaś uchylające owe dobrodziejstwo, aczkolwiek w czasach nowszych i najnowszych, ujęte w ścisłe ramy pewnych zdarzeń, nie są zdolne zastąpić pełnej swobody ruchu wierzycielowi, z której on korzystając w chwili płatności długu zależnie od konstelacyi i jej swobodnej oceny co do osoby dłużnika z jednej, a osoby ręczyciela z drugiej strony, wynosząc według swego wyboru skargę przeciw jednemu z nich, na rychłe zaspokojenie liczyć może. Znany ze swej skrupulatnej słowności i zasobności C. zeznał porękę za dłużnika B. na rzecz wierzyciela A. B. pozwany o dług przeciąga proces w nieskończoność; wierzyciel mimo, iż ma własne terminowe płatności, aż do ukończenia procesu z B. i aż do bezskutecznej egzekucyi, nie może dosięgnąć ręczyciela, w którym wszak chciał mieć gwaranta nietylko, o ileby dłużnik nie mógł płacić, lecz także, o ileby płacić nie chciał i zapłatę odwlekał. Mając przed oczyma kodeks niemiecki, należy przyznać, że położenie A. byłoby korzystniejsze, gdyby dłużnik po zeznaniu poręki przesiedlił się zagranicę (§. 773, 2) [1].

Postulat sprawności i bezpieczeństwa kredytu z wymogiem skargi uprzedniej, pomyślanej jako rodzaj ulgi dla ręczyciela, pogodzić się nie da; wszelkie próby, tak skrzętnie podejmowane od czasów szkoły bolońskiej po dzień dzisiejszy, są zamierzeniem beznadziejnem. Wzgląd na bezpieczeństwo kredytu, prowadzący do zupełnego ścieśnienia ram dobrodziejstwa now. 4. czynić musi problematyczną dla ręczyciela przeznaczoną ulgę. Glossatorowie i ich następcy, uczeni włoscy [2], byli też na drodze sprowadzenia w mowie będącej ulgi do najciaśniejszych granic, czego bijącą w oczy ilustracyą jest moment znamienny, iż słowa now. 4: »Si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem aut in totum« uzupełniano słówkiem »commode« zwalniając wierzyciela od obowiązku skargi uprzedniej wszędzie tam, gdzie skarga i egzekucya przeciw dłużni-

[1] Por. Cosack, Lehrbuch 733.
[2] Girtanner, Bürgschaft 205.

kowi sprawiałaby większe trudności, niż skarga przeciw ręczycielowi. Ustalenie jednak tych wypadków musiało być chwiejne i nie mogło się obyć bez dowolności, a przedewszystkiem nie mogło dostroić się do konkretnej danej sytuacyi, w której jedynie sam wierzyciel ocenić jest zdolny, czy skierowanie skargi przeciw dłużnikowi, czy przeciw ręczycielowi, umożliwi mu »commode« realizacyę pretensyi.

Uderza i to, iż w pochodzie wieków, już po wydaniu now. 4. aż po dzień dzisiejszy, praktyka życia odwracała się od narzuconej nowelą skargi uprzedniej, dopuszczając zrzeczenia się tego dobrodziejstwa i negując w ten sposób trafność pomysłu realizować mającego tą drogą charakter posiłkowy poręki, bo też na ziemiach, na których wyłonił się pomysł skargi uprzedniej, w państwie wschodnio-rzymskiem, zarzucano w praktyce to dobrodziejstwo, jak tego dowodzą studya papyrusowe Mitteisa [1], Bortoluccie'go [2], Taubenschlaga [3], a tak samo już w wiekach średnich glossatorowie uważali za dopuszczalne zrzeczenie się dobrodziejstwa skargi uprzedniej [4] i w dokumentach notaryalnych owych czasów stale powtarza się klauzula, dotycząca zrzeczenia się tego dobrodziejstwa, czemu sprzyjało wyobrażenie prawa germańskiego, któremu obcem było owe dobrodziejstwo. Również praktyka życia czasów dzisiejszych odwraca się od pomysłów bizantyńskiej szkoły, walcząc o uznanie zasady swobodnej skargi, gdyż cel poręki osiągalny jest tylko wtedy. jeżeli wierzycielowi, i tylko jemu, pozostawi się ocenę, jaką drogą w chwili zapadłości ma osiągnąć zaspokojenie.

Wkraczając na drogę eksperymentu uczeni bizantyńscy minęli się zupełnie z istotnym wymogiem polityki prywatno-prawnej stworzenia wedle możliwości sytuacyi prawnej, wykluczającej lub conajmniej zmniejszającej okazyę prowadzenia sporów. Now. 4, otwierając ręczycielowi szansę skierowania sporu poprzód przeciw dłużnikowi, daje mu doskonałą sposobność przedłużenia ze szkodą wierzyciela załatwienia sprawy, która dobiegłaby rychlej swojego kresu o tyle, o ile ręczyciel, nie mogąc liczyć na instrument skargi uprzedniej, a chcąc uniknąć jego dosięgnąć mogącej skargi, dobrowolnie dług zapłaci, ratując się ewentualnie przed ostateczną stratą przy-

[1] Mitteis, Papyrusstudien, Hermes XXXIV. 106.

[2] Bortolucci, La fideiussione nell'Egitto, Bull. XVII. 272 n.

[3] Taubenschlag, Geschichte der Reception des röm. Privatrechtes in Aegypten 431 n.

[4] Girtanner, Bürgschaft 202 n.

sługującem mu prawem regresu. To też mimo, iż większość członków komisyi kodyfikacyjnej przeparła ostatecznie wśród narad nad kodeksem niemieckim uprzednią skargę, bardzo problematyczną wartość przypisują jej n. p. Dernburg [1], Eck [2], zaś za zupełnem jej zarzuceniem, energicznie, niestety bez pozytywnego wyniku, oświadczył się Unger. A najostrzej osądził wartość prawodawczą noweli 4. Kohler [3]: Im übrigen hat das B. G. B. von den Rechtswohltaten des Bürgen das Recht der Teilung gestrichen, dagegen das etwas schwachmütige Recht der Vorausklage, diese Ausgeburt der byzantinischen Verkertheit, die Justinian dem damaligen griechischen Rechte entnahm [4], dieses Scheinmittel, das meist nur zu Verzögerungen und Vertröstungen führt, übernommen.

Wyniki prób osiągnięcia kompromisu między interesem wierzyciela a względami na osobę ręczyciela okazują się jako de lege ferenda całkiem niepraktyczne, w uzasadnionem dążeniu do ochrony interesu wierzyciela sprowadzają beneficium excussionis, ścieśniając teren jego zastosowania do znaczenia fikcyi, bo też ręczyciel, który n. p. według projektu franc.-włoskiego chcąc korzystać z dobrodziejstwa, winien zaliczyć koszta procesu z dłużnikiem i wskazać majątek dłużnika, w najrzadszych chyba i całkiem wyjątkowych wypadkach zechce z takiego dobrodziejstwa skorzystać, a z drugiej strony ulga, przyznana przez kodeks niemiecki wierzycielowi, iż o ile wierzytelność opiewa na pieniądze, to wystarcza egzekucya w ruchomości dłużnika z pominięciem nieruchomości i pretensyi dłużnika do osób trzecich, ulga, która w tej mierze nie dotyczy ręczyciela, prowadzi wobec tego ostatniego do oczywistej niesprawiedliwości i jest zaprzeczeniem zasadniczej wytycznej, na której, zdaniem motywów do kodeksu niem. skarga uprzednia się wspiera. Po bezskutecznej egzekucyi na ruchomościach dłużnika może wierzyciel nieograniczoną egzekucyę prowadzić na majątku ręczyciela mimo za-

[1] Dernburg, Pandekten II. 714: So billig die Rechtswohltat erscheint, so kann sie doch leicht zu Prozessverschleppung und Chicane missbraucht werden.

[2] Eck, Vorträge 570. uw. 1: hat der wohlverständliche Grundgedanke des Instituts sehr an Anziehungskraft verloren.

[3] Kohler, Encykl. d. Rechtswiss. I. 698.

[4] Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht 180, wedle którego ani attyckie ani inne źródła greckie nie dają podstawy do twierdzenia, że istniał choćby zwyczaj (Sitte) zwracania się przeciw ręczycielowi dopiero po bezskutecznej egzekucyi w majątku dłużnika.

pewnień motywów do kodeksu niem. i mimo zapewnień protokółów [1] do tegoż kodeksu, że w ogólnej świadomości społeczeństwa leży postulat uprzedniej skargi, mający być sprawdzianem, iż dłużnik świadczyć nie jest w stanie, co przyjmując jako pewnik niepodobna uzasadnić ograniczenia egzekucyi do ruchomości dłużnika (§. 772 k. n.), niepodobna wyrozumieć, dlaczego w razie, gdy dłużnik i ręczyciel posiadają tylko nieruchomości, miałby wierzyciel otwartą naoścież drogę z pominięciem dłużnika egzekwować ręczyciela, co znowuż stoi w sprzeczności z podstawowem założeniem prawodawcy niemieckiego, iż on przez instrument skargi uprzedniej akomoduje się jeno do wyobrażenia obrotu, który wypowiada się za dopuszczalnością nastawania na ręczyciela, jeśli zawiodło dochodzenie pretensyi przeciw dłużnikowi.

Owo powoływanie się na wyobrażenie obrotu czy też społeczeństwa jest jednak w gruncie rzeczy wyrazem przesadnych poglądów tych, którzy się na te wyobrażenia obrotu powołują, a zatrzymanie, aczkolwiek w bardzo ciasnym przekroju, skargi uprzedniej i w najnowszych prawodawstwach, jest raczej wynikiem poszanowania szereg wieków obowiązującej normy, na ogół przepisywanej rzymskiej ratio scripta, mimo że norma ta, w historycznym rozwoju prawa rzymskiego, jest własnością bizantyńskiego świata myśli tak odmiennego od czystej myśli rzymskiej. Gdyby ostatecznem oparciem uprzedniej skargi miała być wola stron, pojęta w uogólnieniu jako wyobrażenie obrotu, to trudnoby pojąć, dlaczego niem. prawodawca wśród nielicznych zresztą wyjątków, uchylających stosowanie skargi, wymienia przedewszystkiem zrzeczenie się dobrodziejstwa i przyjęcie poręki jako ręczyciel i wypłatca. Jest prostem wmawianiem w społeczeństwo, że ono, w odczuciu posiłkowości poręki, domaga się zarazem skargi uprzedniej.

Argument, że zarzucając uprzednią skargę dochodzi się do łącznej i solidarnej odpowiedzialności dłużnika i ręczyciela, ma tylko pozorną wartość. Bo przedewszystkiem, kto jest za zarzuceniem uprzedniej skargi nie rezygnuje z pojęcia poręki posiłkowej, a tylko w czem innem, nie zaś w skardze uprzedniej tę posiłkowość upa-

[1] Motive II. 668; Protokolle II. 470; Denkschrift zum Entw. eines bürg. GB. (1896) 92: im Verkehr ist auch jetzt noch die Auffassung vorherrschend, dass der Bürge... erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg geblieben ist.

trywać będzie. A powtóre, zarzucenie uprzedniej skargi nie jest sprowadzeniem obligu ręczyciela do znaczenia obligu solidarnego, gdyż dla poręki wyróżniającym ją od obligu solidarnego momentem jest jej akcesoryjność i praktyczne z tej akcesoryjności, w przeciwstawieniu do obligu solidarnego, wynikające różnice [1] (n. p. pactum de non petendo, przedawnienie).

Dobrodziejstwo skargi uprzedniej, oddane do swobodnej, acz wyjątkami opancerzonej decyzyi ręczyciela, osłabia w wysokim stopniu wartość poręki jako gwarancyi personalnej, a za jego uchyleniem przemawia autorytet klasyków prawa rzymskiego, przemawia cała epoka poklasyczna tego prawa, przemawia okres po wprowadzeniu w r. 531 sukcesywnego dochodzenia pretensyi (C. 8, 40, 28), przemawia szczególnie moment następujący: Kiedy, nie bez wahania, jurysprudencya klasyczna mandato pecuniae credendae przekazała gospodarczo funkcyę poręki mimo strukturalnych istotnych różnic w porównaniu z fideiussio, to mimo, iż treścią obligu mandatora było periculum, grożące wierzycielowi z okazyi udzielenia kredytu trzeciemu, mimo, iż w tej sytuacyi tak bliską była myśl, że ręczyciel odpowiada, o ile groza periculum się sprawdzi, t. j. o ile stwierdzonem będzie, że od dłużnika zaspokojenia nie zdołano uzyskać, to mimo to jurysprudencya rzymska przekazawszy mandatowi funkcyę poręki, przez usta Papiniana (D. 17, 1, 56 pr.) najkategoryczniej wypowiedziała się za zupełną swobodą wierzyciela wyboru skargi, za swobodą pozwania ręczyciela z pominięciem w danym wypadku głównego dłużnika, z nieoglądaniem się nawet na zastawy przez niego jako realne zabezpieczenie oddane (Pap. D. 46, 1, 51, 3).

Kolejność, w jakiej wierzyciel miał praw swych dochodzić, mogła w okresie prawa rzymskiego przed now. 4., w okresie połowę tysiąclecia trwającym, wiązać, o ile wierzyciel dobrowolnie na tę kolejność się zgodził, o ile więc w danym wypadku dodatnia ocena własnego interesu na przyjęcie obowiązku uprzedniego dochodzenia pretensyi przeciw dłużnikowi pozwalała, z mocy prawa samego obowiązywała libera electio now. 4, sankcyonując z mocy prawa auxilium ordinis, a pozostawiając umowie stron zrzeczenie się tego auxilium, była krokiem dorywczym i zniekształcającym myśl klasyczną prawa rzymskiego. Skarga uprzednia, poprzez jego głowę wierzycielowi narzucona, mija się zupełnie z przeznaczeniem poręki.

[1] Eck, Vorträge, 419.

W tym więc stanie rzeczy pytanie: czy ograniczone dobrodziejstwo skargi uprzedniej, czy jej zupełne pominięcie i zarzucenie, dla współczesnych prawodawstw tylko w sensie zupełnego zerwania z pomysłem bizantyńskim winno być rozstrzygnięte.

2. Jakkolwiek prawo pandektów i kodeksu nie zna przymusu skargi uprzedniej przy poręce, to jednak nie wynika z tego, jakoby poczuciu społeczeństwa rzymskiego obcą była posiłkowość poręki. Już z tego samego, iż z pojęciem poręki łączy się integralnie jej akcesoryjność, wypływa obowiązek wierzyciela innego ustosunkowania się do dłużnika w dochodzeniu pretensyi, niż do ręczyciela. Wszak mówi Cicero (ad Att. 16, 15, 2), że nastawanie na ręczycieli »sponsores appellare videtur habere quandam δυσωπίαν« a Pseudo-Quinctilian (Declam. 273) uważa dochodzenie przeciw ręczycielowi jako środek ostateczny, który użyty nie z konieczności, narazić może wierzyciela na zarzut zniewagi uczynionej dłużnikowi, którego kredyt na szwank zostaje narażony: Non enim aliter salvo pudore ad sponsorem venit creditor quam si recipere a debitore non possit [1]. U Rzymian tedy stoi posiłkowość poręki pod ochroną etyki, a tam, gdzieby ręczyciel nie liczył na to, że wierzyciel nie sprzeniewieży się tym wymogom etyki, mógł tylko drogą specyalnych zastrzeżeń wyłączyć ewentualność nastawania nań z pominięciem dłużnika. Jednak to poczucie posiłkowości nie szło tak daleko, by ręczyciel jako stwierdzenie nieuiszczenia się z długu, mógł domagać się z mocy prawa uprzedniego zapozwania dłużnika, gdyż owa posiłkowość dostatecznie mogła być stwierdzona przez samo upomnienie dłużnika: (Jul. D. 46, 1, 16, 6. tekst wyżej str. 14).

I jest rzeczą charakterystyczną, że jakkolwiek rozwój historyczny rzymskiej poręki wskazuje na powolne, lecz konsekwentne dążenie, w uwzględnieniu akcesoryjności poręki, ulżenia i złagodzenia odpowiedzialności ręczyciela, jak na to wskazują dawne leges de sponsu (lex Furia i jej udoskonalenie przez epistula d. Hadriani, lex Cicereia, l. Cornelia), to jednak w prawie pandektów i kodeksu brak wogóle choćby śladu próby teoretycznej narzucenia wierzycielowi skargi uprzedniej. O ile skarga uprzednia nie znachodziła oparcia w umowie z wierzycielem, to jako jedyny ślad posiłkowości aż

[1] Pernice, Parerga, Sav. Ztschr. XIX. 179; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II. 2, 732; Levy, Sponsio 41 n.

do wydania now. 4. iure communi dopuszczalny, chyba upomnienie dłużnika i postawienie go w zwłokę uchodzić może.

A zbytecznem byłoby dowodzić, że i w świadomości dzisiejszych społeczeństw niewątpliwie żywem jest przeświadczenie, że ręczyciel odpowiada dopiero w drugim rzędzie (Nachschuldner). Ale też on odpowiada, o ile stwierdzonem będzie, że u dłużnika brak gotowości spełnienia obligu, a nie dopiero, o ile wierzyciel na nim świadczenia sądownie wymusić nie jest w stanie. Tę okoliczność, iż dłużnik nie świadczy, stwierdza dostatecznie upomnienie, które to upomnienie dłużnika pojąć należy jako warunek odpowiedzialności ręczyciela, od spełnienia się tego warunku zależną być winna dopuszczalność i skuteczność skargi przeciw ręczycielowi, upomnienie stanowić winno fundament skargi przeciw niemu. Bez względu na to, że dług zapadł z nadejściem terminu, wierzyciel tego warunku dopełnić musi, bo upomnienie realizuje w obliczu prawa, społecznie uznany moment posiłkowości z pojęciem poręki integralnie związany. Z upomnieniem dłużnika dług z poręki zapada, wierzyciel, dochodząc pretensyi przeciw ręczycielowi, twierdzi i dowodzi istnienie długu, zawarcie umowy o poręką i upomnienie dłużnika, w braku tego ostatniego wierzyciel musi być oddalony; posiłkowość w powyższem ujęciu nadaje zobowiązaniu ręczyciela charakter obligu warunkowego pojęciowo z upomnieniem związanego. Upomnienie stwierdza niespełnienie obligu przez dłużnika, t. zn. spełnienie się warunku odpowiedzialności ręczyciela.

W związku z upomnieniem nastręcza się atoli pytanie, czy ze względów praktycznych nie należałoby nałożyć na wierzyciela obowiązku upomnienia raczej ręczyciela; wszak ręczyciel liczy zazwyczaj na uiszczenie długu przez samego dłużnika, wszak ewentualną skargą po upomnieniu dłużnika przeciw niemu wyniesioną, byłby znienacka zaskoczony, zaś upomnienie go i pozostawienie ewentualnego respiro do zapłaty umożliwiłoby mu wywarcie nacisku na dłużnika, by się przecież z długu uiścił [1].

Jeśliby się miało pojmować porękę nie jako obowiązek wykonania w miejsce dłużnika, ale jako wzięcie na się odpowiedzialności za wykonanie przez dłużnika, to skierować się mające upomnienie przeciw ręczycielowi miałoby swoje uzasadnienie, które ujawniało się w historycznym rozwoju poręki szczególnie w okresie, kiedy

[1] Por. L o n g c h a m p s, Pol. prawo zobowiązań 268 n.

w stosunku obowiązkowym tkwiący element długu i odpowiedzialności zań, rozdzielały się między osobę dłużnika i tego, kto za niego odpowiadał [1]. Skoro jednak w dzisiejszem pojmowaniu obligu dłużnik dźwiga na sobie dług i odpowiedzialność, skoro on w pierwszym rzędzie za ten dług odpowiada [2], to gwoli uwydatnienia posiłkowej odpowiedzialności ręczyciela, owo upomnienie ewentualnie i respiro tylko do dłużnika skierowane być winno. Wzgląd rzekomo praktyczny, by ręczyciel skargą nie był zaskoczony, nie jest rozstrzygający, bo skoro on jest dłużnikiem z tytułu poręki, to jego rzeczą jest o stanie sprawy w dniu zapadłości długu się informować, względnie takiej informacyi od dłużnika oczekiwać, poręka stwarzając oblig jednostronny gwoli bezpieczeństwa wierzyciela pojęciowo i strukturalnie nie nakłada na wierzyciela żadnych obowiązków wobec ręczyciela, zeznając porękę bierze ręczyciel na siebie ryzyko skargi jak i zapłaty spaść nań mające.

Przyjmując upomnienie jako kryteryum posiłkowości musi się je skierować przeciw dłużnikowi, bo tylko w ten sposób danym zostaje wyraz, iż ręczyciela uważać należy jako warunkowo i posiłkowo odpowiedzialnego (Nachschuldner).

III.

Zagadnienie posiłkowej poręki w projekcie polskim.

1. Definicya poręki projektu polskiego wiąże moment warunkowości z pojęciem poręki i uwydatnia treść tego warunku:

> Art. 322. Umową poręki zobowiązuje się poręczyciel wobec wierzyciela osoby trzeciej do spełnienia zobowiązania dłużnika w razie, gdyby w czasie płatności nie było spełnione.

Przyjąć zatem wolno, że istota tak określonej umowy polega w tem, że oblig ręczyciela w chwili nawiązania poręki jest obligiem warunkowym. Wedle owej definicyi, o ile dłużnik popadł w zwłokę, aktualnym się staje dług i odpowiedzialność ręczyciela. Tak jednak w definicyi art. 322 pojęta poręka nie daje odpowiedzi na pytanie, jakie jest stanowisko projektu co do posiłkowości, gdyż to samo, iż składa na barki ręczyciela obowiązek zapłaty z chwilą zwłoki dłużnika w niczem nie uchybia odpowiedzialności ręczyciela obok dłużnika (Nebenschuldner), bo jego odpowiedzialność jako ściśle akceso-

[1] Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht 185 n. 190.
[2] Geib, Zur Dogmatik 3 n.

ryjna wogóle dopiero z chwilą zwłoki dłużnika jest aktualna, gdyż wtedy i dług z poręki zapada. I gdyby opuścić owe warunkowe zdanie z art. 322, to istota poręki w obliczu samego art. 322 byłaby odpowiedzialnością obok dłużnika i zgodnie z wywodami Motywów (str. 265), »zbliżałaby się bardzo do odpowiedzialności solidarnej«, zwłaszcza, że warunek »w razie, gdyby w czasie płatności nie było spełnione«, zespolony jest pojęciowo z poręką bez względu na to, czy przy nawiązaniu jej przez oświadczenie poręczającego będzie uwydatniony, czyli że warunkiem w znaczeniu technicznem nie jest [1].

Dopiero z art. 326 i z wywodów Motywów (str. 268) wynika najniewątpliwiej, że projekt, acz nie uwydatnił tego w definicyi, hołduje pojmowaniu poręki jako tworu pomocniczego, posiłkowego, że uważa ręczyciela jako odpowiedzialnego w drugim rzędzie (Nachschuldner). Z zestawienia wywodów Motywów (str. 265), z brzmienia art. 326 wynika więc, że nie zwłoka dłużnika głównego wybija piętno posiłkowości na poręce projektu, ale postanowienie art. 326, że mianowicie wierzyciel winien o zwłoce dłużnika zawiadomić ręczyciela i w braku innej umowy winien mu udzielić respiro dni ośmiu do spełnienia poręczonego zobowiązania: art. 326. 2. Poręczyciel jest zobowiązany... do spełnienia... zobowiązania w ciągu dni ośmiu od zawiadomienia..., że dłużnik popadł w zwłokę.

Według projektu zobowiązanie ręczyciela zapada, gdy dłużnik popadł w zwłokę (art. 322), natomiast jest ręczyciel zobowiązany do zapłaty dopiero po otrzymaniu zawiadomienia od wierzyciela, że dłużnik popadł w zwłokę z tem, że ręczycielowi przysługuje ośmiodniowe respiro (Mot. 268, 269). Zatem treść i istotę posiłkowości poręki według projektu wypełnia fakt zawiadomienia ręczyciela o zwłoce dłużnika i fakt ośmiodniowego respiro.

Skoro wedle pojęcia poręki w art. 322 dług z poręki zapada z chwilą zwłoki dłużnika, to wynikałoby z tego, że z chwilą zwłoki wierzyciel pozwać może ręczyciela, a tenże w razie niedotrzymania ośmiodniowego terminu powołać się może excipiendo na te okoliczności i o ile w replice powód udzielenia respiro nie wykaże, może ręczyciel odmówić wykonania (exceptio dilatoria). Ponieważ projekt w definicyi nie związał poręki ani z zawiadomieniem, ani z ośmiodniowem respiro, przeto, mając na oku tylko art. 322, możnaby

[1] Dernburg, Pandekten I. 187; Heilfron, Bürg. Recht. I. 322; Regelsberger, Pandekten 557, 559: Voraussetzungen, die ihren Grund in der Natur des Rechtsgeschäfts haben.

wnosić, że odmiennie od kod. pruskiego, odmiennie od kodeksu austryackiego, posiłkowości, wedle własnego odrębnego jej pojmowania, nie uważa za istotny atrybut poręki, a tylko za dobrodziejstwo, z którego korzystanie oddaje do swobodnej decyzyi ręczyciela, podobnie jak to czyni prawo pospolite i niemal wszystkie ustawodawstwa współczesne co do dobrodziejstwa skargi uprzedniej, czyli że projekt stoi na stanowisku posiłkowości pośredniej. Jednak biorąc pod uwagę wywody Motywów, które w interesie poręczyciela »urzeczywistnić pragną przynajmniej do pewnego stopnia zasadę subsydyarności poręki«, nic nie stałoby na przeszkodzie twierdzeniu, że aczkolwiek projekt pojęciowo nie związał poręki z subsydyarnością w swojem rozumieniu, to jednak uważa ją w myśl art. 326 za istotną. W tym wypadku rozkład dowodu w procesie kształtowałby się w ten sposób, że wierzyciel substancyonując skargę przeciw ręczycielowi twierdzi przyjście do skutku poręki i udzielenie ośmiodniowego respiro; zawiadomienie o zwłoce dłużnika mieści się implicite już w doręczeniu skargi ręczycielowi. Owe ośmiodniowe respiro nie byłoby czemś nadzwyczajnem, jeśli sobie uprzytomnimy, że były w dawnem n. p. niemieckiem prawie wekslowem t. zw. Respekttage, że skarga mimo zapadłości długu wyjątkowo dopiero po ich upływie była dopuszczalną. Jeżeli się zważy, że fakty, wypełnić mające wedle pomysłu projektu znamię posiłkowości, dokonują się poza osobą dłużnika, a pod adresem ręczyciela, mając go zoryentować o stanie rzeczy, to tem bliższym byłby wniosek, iż upomnienie i ośmiodniowe respiro wypełnić winno fundament skargi, że zatem projekt stoi na stanowisku bezpośredniej posiłkowości, że owe zawiadomienie ręczyciela i przyznane mu respiro nie jest dobrodziejstwem, ale jest raczej materyalnym wymogiem odpowiedzialności ręczyciela.

W kwestyi zatem, czy projekt stoi na stanowisku bezpośredniej czy tylko pośredniej posiłkowości pożądanemby było bardziej sprecyzowane sformułowanie odnośnych postanowień, gdyż obecne nie dają w tej mierze niewątpliwej odpowiedzi, która, ze względu na substancyonowanie skargi i rozkład dowodu w procesie, ma pierwszorzędne znaczenie. To sprecyzowanie odnośnych postanowień jest konieczne, albowiem posługując się nawet wywodami Motywów niepodobna dociec, kiedy, w jakim momencie dług z poręki jest zaskarżalny, czy z chwilą zwłoki dłużnika, czy po dokonanem zawiadomieniu ręczyciela i po upływie respiro. Motywy nie wykluczają wątpliwości w tej mierze, gdyż tam (str. 268) raz się mówi, że ręczyciel będzie

musiał płacić w terminie, a w dalszym ciągu jest powiedziane, że »ręczyciel staje się obowiązany do zapłaty długu poręczonego dopiero po otrzymaniu zawiadomienia od wierzyciela, że dłużnik popadł w zwłokę«, przyczem (str. 269) zapewniono, że projekt nie idzie tak daleko, jak kodeks sowiecki w art. 241, nakładający na ręczyciela solidarny obowiązek zapłaty z dłużnikiem »z chwilą płatności zobowiązania«.

Oczywiście, że odrębnie należy traktować pytanie, czy przyjęte przez projekt kryteryum posiłkowości w postaci zawiadomienia ręczyciela o zwłoce i dania mu respiro do zapłaty poręczonego długu, zgodne jest z istotą i przeznaczeniem poręki.

2. Bezsprzecznie trafnem jest stanowisko projektu, zarzucające dobrodziejstwo skargi uprzedniej, stanowisko, mające silne oparcie w prawie pandektów Justyniana i w jego kodeksie. Również trafnie, projekt odrzucając owe dobrodziejstwo, nie odrzuca tem samem posiłkowości poręki, tkwiącej w przekonaniu i świadomości społeczeństw, tkwiącej w pojęciu poręki, która nie stwarza równorzędnych obligów dłużnika i ręczyciela, ale stwarza oblig główny dłużnika i oblig uboczny ręczyciela, wynikający już z samej akcesoryjności poręki, która jest niejako podporządkowaną obligowi głównemu. Jednak to podporządkowanie poręki głównemu długowi nietylko mieć winno miejsce przy ocenie istnienia i rozciągłości długu z poręki, lecz także przy rozstrzygnięciu pytania co do kolejności, w jakiej wierzyciel przeciw biernym podmiotom swej pretensyi dochodzić winien [1]. Prawo pospolite posunęło to podporządkowanie co do dochodzenia aż do skargi uprzedniej przeciw dłużnikowi. Projekt, mając względy praktyczne na oku, upatruje tę posiłkowość w zawiadomieniu ręczyciela i krótkiem udzielonem mu respiro. O ile dług zapadł, co z reguły z nadejściem terminu ma miejsce, uważa projekt wszelkie kroki wobec dłużnika za zbędne »zwłoka dłużnika głównego decyduje o zapadłości zobowiązania ręczyciela« (Motywa, str. 265, 268).

Z takiem pojęciem i ukształtowaniem posiłkowości poręki niepodobna się zgodzić. Skoro poręka jest długiem dodatkowym, to w chwili, gdy dłużnik obligu nie spełnił, tylko uprzednie kroki przeciw niemu skierowane mogą uwydatnić posiłkowość obligu ręczyciela. Skoro ręczyciel odpowiada w braku gotowości spełnienia obligu przez dłużnika, to ów brak gotowości przez jakiś krok wierzyciela wobec dłużnika ujawnionym być musi i dlatego tylko

[1] Brinz, Pandekten II. 193.

bezskuteczne upomnienie dłużnika ów brak gotowości stwierdza. W tej mierze więc §. 1355 k. a. stawiający wymóg upomnienia dłużnika zgodnie z powszechnem pojmowaniem poręki daje odpowiedni wyraz jej posiłkowości. Możnaby jeszcze o krok pójść dalej i dochodzenie przeciw ręczycielowi uzależnić nietylko od upomnienia dłużnika, ale i od udzielenia mu krótkiego respiro [1], co również wskazywałoby na to, że przecież ręczyciel odpowiada w dalszem polu. Natomiast posiłkowość poręki według pomysłów projektu, czybyśmy ją pojęli jako posiłkowość pośrednią, czy nawet jako posiłkowość bezpośrednią, daje ręczycielowi w ostatecznym wyniku prawo odwłeczenia zapłaty długu o dni ośm względnie o dłuższy okres czasu, o ile się inaczej umówiono.

Zgodnie z wywodami rozdziału II. uważamy za odpowiedniejsze de lege ferenda przyjąć kryteryum posiłkowości w upomnieniu dłużnika pomyślanem jako z natury rzeczy płynący warunek tak, że wierzyciel, wynosząc skargę przeciw ręczycielowi, bez powołania się na fakt upomnienia dłużnika nawet w razie niejawienia się ręczyciela, ze swem roszczeniem winien być oddalony, gdyż posiłkowość w postaci upomnienia dłużnika winna być jednak ostatnią próbą uzyskania od niego zapłaty; w takiej bowiem tylko sytuacyi zwrócenie się przeciw ręczycielowi jest — aby użyć słów now. 4. — ultimum subsidium. W prawodawczem ujęciu poręki winno być uwydatnione, że ręczyciel i co do dochodzenia pretensyi stoi w drugim rzędzie (Nachschuldner).

Sądzimy, że wszelkie niejasności, których nie brak w nowszych kodeksach z powodu mniej ścisłego określenia samego pojęcia poręki, uchyliłoby następujące jej ustawowe sformułowanie:

art.... Umową poręki zobowiązuje się ręczyciel wobec wierzyciela zaspokoić go, o ile główny dłużnik zobowiązania nie spełni.

art.... Dług z poręki zapada i ręczyciel może być pozwany po bezskutecznem sądowem lub pozasądowem upomnieniu dłużnika przez wierzyciela (i po upływie dni ośmiu od dokonanego upomnienia). Przy poręce jako ręczyciel i wypłatca obowiązek upomnienia (i ośmiodniowy termin) odpada [2].

[1] Protokolle II. 470.

[2] Brak w projekcie wzmianki o t. zw. fideiussio indemnitatis i o t. zw. mandatum pecuniae credendae (mandatum qualificatum) uważam za niepożądaną lukę projektu.

Literatura.

Beseler, Beiträge zur Kritik römischer Rechtsquellen I—IV. 1910—1920.

Bortolucci, La fideiussione nell Egitto Greco-Romano, Bullettino dell' Istituto di diritto romano XVII.

— Il mandato di credito, Tamże XXVII. XXVIII.

Brassloff, Zur Kenntnis des Volksrechts in den romanisierten Ostprovinzen des röm. Kaiserreichs 1902.

Brinz, Pandekten 1879.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes 1927.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches 1896.

Dernburg-Sokołowski, Pandekten 1912.

Eck, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs I. 1903.

Eisele, Weitere Studien zum Texte der Digesten, Sav. Ztschr. Rom. Abth. XXX.

— Korrealität und Subsidiarität, Arch. f. civ. Praxis LXXVII.

Ferrini, Manuale di Pandette 1904.

Flume, Studien zur Akzessorietät der röm. Bürgschaftsstipulationen 1932.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechtes 1894.

Girtanner, Die Bürgschaft nach dem gemeinen Civilrechte 1850.

Girard-Mayr, Geschichte und System des römischen Rechts 1908.

Gradenwitz, Interpolationen 1887.

Heilfron, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs I. III. 1904.

Index interpolationum I. 1929 (Levy-Rabel).

Jäger, Abhandlung, Lindes Ztschr. f. Civ. und Proz. V.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte 1885.

Keller, Über Litiscontestation und Urteil 1827.

Kohler, Bürgerliches Recht, Holtzendorffs Encyklopädie I. 1904.

Lenel, Edictum, wyd. 3. 1927.

— Palingenesia 1889.

Leonhard, Besonderes Schuldrecht des bürgerlichen Gesetzbuches 1931.

Levy, Sponsio, Fideipromissio, Fideiussio 1907.

— Die Konkurrenz der Aktionen und Personen I. II. 1918, 1922.

Longchamps de Berier, Polskie prawo zobowiązań, część szczegółowa, projekt wraz z motywami 1928.

Łyskowski, Kod. cyw. R. P. Ks. I., Uzasadnienie Cz. I., 1929.

Mitteis, Römisches Privatrecht I. 1908.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

Ofner, Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches.

Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht 1909.

Pernice, Parerga, Sav. Ztschr. XIX.

Perozzi, Istituzioni di diritto romano 1908.

Peters, Generelle und spezielle Aktionen, Sav. Ztschr. XIX.

Planck, Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuche 1914.

Progetto di Codice delle obligazioni e dei contratti 1928.

Protokolle der Komission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs.
Regeniter, Die Einrede der Vorausklage 1903.
Regelsberger, Pandekten I. 1893.
Rothenberg, Der Kreditauftrag, Arch. f. civ. Pr. LXXVII.
Rotondi, Appunti sulla stipulatio rem pupilli salvam fore, Stud. s. dir. rom. II. 1912.
Salkowski, Zur Lehre von der Novation 1866.
Savigny, Das Obligationenrecht I. 1851.
Schey, Die Obligationsverhältnisse des öster. allg. Privatrechtes I. 3, 1907.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung, Jahrb. f. Dogm. L.
— Römisches Recht in Grundzügen I., II. 1925, 1928.
Sokołowski, Mandatsbürgschaft 1891.
Solazzi, Istituti tutelari 1929.
Stammler, Der Garantievertrag, Arch. f. civ. Praxis LXIX. n. F. XIX.
Taubenschlag, Geschichte der Reception des römischen Privatrechtes in Aegypten 1928.
Unger, Einrede der Vorausklage, Iherings Jahrb. f. Dogm. XXIX.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten 1876.
Vassali, Dies vel condicio, Bull. dell' Ist. di dir. rom. XXVII.
Windscheid-Kipp, Pandekten 1906.
Zeiller, Kommentar über das allg. bürgerliche Gesetzbuch IV.

SPIS RZECZY.

Archiwum Towarzystwa Naukowego. Dział II, histor.-filoz. zł.

Tom I. Zakrzewski Stanisław. Najstarsza bulla dla Polski, spostrzeżenia nad dokumentem »Dagome iudex«, str. 23 (1 zł.). — Nanke Czesław. Z dziejów polityki Kuryi rzymskiej wobec Polski (1587—1589), str. 190 (8 zł.) — Barthel de Weydenthal Marya. Uroczne oczy, str. 51 (3 zł.) — Makarewicz Juliusz. Instygator w dawnem prawie polskiem, str. 25 (2 zł.). — Prochaska Antoni. Sejmik wiszeński 1503 r., str. 27 (2 zł.). — Schorr M. Pomnik prawa staroassyryjskiego (z XIV w. przed Chr.), str. 67 (10 zł.) — Zajączkowski Stanisław. Archiwum Kapituły łacińskiej we Lwowie, str. 38 (2 zł.). . . . 28

Tom II. Starzyński Stanisław. Konstytucya państwa polskiego, str. 79 (4 zł.) — Kozłowski Leon. Młodsza epoka kamienna w Polsce, z 8 rys. w tekście, 32 tabl. i 3 map., str. 242 (30 zł.) — Polaczkówna Helena. Najstarsze pomniki heraldyki polskiej, str. 43 (2 zł.). — Hofman-Dadejowa Helena. Studya nad rękopisami Kroniki Mistrza Wincentego, z 3 podobizn., str. 56 (4 zł.) 40

Tom III. Zakrzewski Kazimierz. Samorząd miast Achai Rzymskiej, str. 118 (7 zł). — Zajączkowski Stanisław. Studya nad dziejami Żmudzi XIII w., z mapą, str. 110 (8 zł.). — Włodarski Bronisław. Polityka ruska Leszka Białego, z tabl. geneal., str. 82 (5 zł.). — Inglot Stefan. Stosunki społeczno-gospodarcze ludności w dobrach biskupstwa włocławskiego w pierwszej połowie XVI wieku, z mapą, str. 95 (6 zł.) 26

Tom IV. Tyszkowski Kazimierz. Poselstwo Lwa Sapiehy w Moskwie 1600 r., str. 88 (5 zł.). — Maleczyński Karol. Studya nad dyplomami i kancelaryą Odonica i Laskonogiego (1202—1239), z 22 tabl., str. 269 (18 zł.). — Blaustein Leopold. Husserlowska nauka o akcie, treści i przedmiocie przedstawienia, str. 95 (5 zł.). 28

Tom V. Borzemski Antoni. Siły zbrojne w wołoskiej wojnie Jana Olbrachta, str. 48 (3 zł.) — Bryk Jan. Kultury epoki kamiennej na wydmach zachodniej części południowego Wołynia, z 3 rys. w tekście i 9 tabl., str. 63 (4 zł.) — Kozłowski Leon. Wczesna, starsza i środkowa epoka bronzu w Polsce w świetle subborealnego optimum klimatycznego i jego wpływ na ruchy etniczne i zaludnienie Polski, z 3 mapami i 13 tabl., str. 158 (12 zł.). — Bachmann Alfred. Dach w słowiańskiem budownictwie ludowem, z 31 ryc. w tekście, str. 206 (15 zł.) 34

Tom VI. Sulimirski Tadeusz. Bronzy Małopolski środkowej, z mapą i 4 tabl. str. 68 (5 zł.). — Zajączkowski Stanisław. Polska a Zakon w ostatnich latach Władysława Łokietka, str. 292 (15 zł.). — Dąmbska Izydora. La théorie du jugement de M. Edmond Goblot, str. 74 (6 zł.). 26

Tom VII. Kozłowski Leon. Budowle kultury ceramiki malowanej, z 16 ryc. i 1 tabl., str. 63 (5 zł.) — Stachoń Bolesław. Polityka Polski wobec Turcyi i akcyi antytureckiej w wieku XV do utraty Kilii i Białogrodu (1484), str. 200 (10 zł.). — Włodarski Bronisław. Polska i Czechy w drugiej połowie XIII i początkach XIV wieku (1250—1306), str. 214 (12 zł.) 27

Tom VIII. Chlamtacz Marceli. Kontrakty realne w prawie rzymskiem, w teoryi cywilistycznej i w projekcie polskiego kodeksu cywilnego, str. 112 (6 zł.). — Falkowski Jan. Narzędzia rolnicze typu rylcowego, z 76 rycinami i 1 mapą w tekście, str. 131 (10 zł.). — Tyszkowski Kazimierz. Wojna o Smoleńsk 1613—1615, str. 176 (10 zł.). 26

Tom IX. Deryng Antoni. Główne tendencye rozwojowe prawa narodów w świetle orzecznictwa Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej, str 151 (8 zł.) — Smiszko Marcyan. Kultury wczesnego okresu epoki cesarstwa rzymskiego w Małopolsce Wschodniej, z 14 tablicami i 1 mapką w tekście, str. 194 (14 zł). — Chlamtacz Marceli. Zagadnienie posiłkowej poręki w prawie rzymskiem i w prawach nowożytnych, str. 88 (5 zł.) 27

Studya nad historyą prawa polskiego.

zł.

Tom III. Chodynicki Henryk. Sejmiki ziem ruskich w wieku XV, str. 119 (5 zł.). — Dąbkowski Przemysław. Wierna ręka czyli pokład, studyum z prawa polskiego, str. 188 (8 zł.). — Ohanowicz Alfred. Ciężary państwowe duchowieństwa w Polsce w drugiej połowie XV i w początkach XVI wieku (1447—1530), str. 80 (4 zł.). 17

Tom IV. Balzer Oswald. Sądownictwo ormiańskie w średniowiecznym Lwowie, str. 187 (8 zł.). — Balzer Oswald. Statut ormiański w zatwierdzeniu Zygmunta I z r. 1519, str. 289 (12 zł.) 20

Tom V. Balzer Oswald. Porządek sądów i spraw prawa ormiańskiego z r. 1604, str. 64 (3 zł.). — Dąbkowski Przemysław. Stanowisko cudzoziemców w prawie litewskiem w drugiej połowie XV i w XVI wieku (1447—1588), str. 85 (4 zł.). — Silnicki Tadeusz. Prawo elekcyi królów w dobie Jagiellońskiej, str. 124 (6 zł.). — Widajewicz Józef. Powołowe-poradlne, danina ludności wiejskiej w dobie Piastowskiej, str. 146 (6 zł.). 19

Tom VI. Ehrlich Ludwik. Starostwa w Halickiem w stosunku do starostwa lwowskiego w wiekach średnich (1390—1501), str. 136 (6 zł.). — Balzer Oswald. Z zagadnień ustrojowych Polski, str. 75 (3 zł.). — Dąbkowski Przemysław. Dobra rodowe i nabyte w prawie litewskiem od XIV do XVI wieku, str. 117 (5 zł.). — Balzer Oswald. Stolice Polski 963—1138, str. 76 (4 zł.). 18

Tom VII. Sochaniewicz Stefan. Wójtowstwa i sołtystwa pod względem prawnym i ekonomicznym w ziemi lwowskiej, str. 416 . . . 18

Tom VIII. Dąbkowski Przemysław. Zaginione księgi sądowe województwa ruskiego i bełskiego, str. 112 (5 zł.). — Abraham Władysław. Dziewosłęb. Studyum z dziejów pierwotnego prawa małżeńskiego w Polsce, str. 47 (2 zł.). — Wojciechowski Zygmunt. Momenty terytoryalne organizacyi grodowej w Polsce Piastowskiej, z 2 mapami, str. 112 (7 zł.).— Dobrowolski Kazimierz. Wróżda i pojednanie w sądownictwie polskich wsi beskidowych XVI i XVII w., str. 72 (4 zł.). — Widajewicz Józef. Danina stołu książęcego w Polsce Piastowskiej, str. 80 (4 zł.). . . . 20

Tom IX. Abraham Władysław. Zawarcie małżeństwa w pierwotnem prawie polskiem, str. 475 24

Tom X. Maleczyński Karol. Najstarsze targi w Polsce i stosunek ich do miast przed kolonizacyą na prawie niemieckiem, z mapą, str. 204 (11 zł.). — Silnicki Tadeusz. Organizacya archidyakonatu w Polsce, str. 158 (8 zł.). — Taubenschlag Rafał. Proces polski XIII i XIV wieku do Statutów Kazimierza W., str. 105 (6 zł.). 25

Tom XI. Balzer Oswald. Narzaz w systemie danin książęcych pierwotnej Polski, str. 661 32

Tom XII. Hejnosz Wojciech. Ius Ruthenicale Przeżytki dawnego ustroju społecznego na Rusi halickiej w XV wieku, str. 112 (6 zł.). — Maleczyńska Ewa. Książęce lenno mazowieckie 1351—1526, str. 160 (8 zł.). — Taubenschlag Rafał. Formularze czynności prawno prywatnych w Polsce XII i XIII wieku, str. 60 (4 zł.). — Rafacz Józef Zranienie w prawie mazowieckiem późniejszego średniowiecza, str. 104 (6 zł.). 24

Tom XIII. Wojciechowski Zygmunt. Sądownictwo prawa polskiego w dobie przedimmunitetowej, str 129 (7 zł.). — Rafacz Józef. Więzienie marszałkowskie w latach 1767—1795, str. 80 (5 zł.). — Vetulani Adam. Studya nad tekstami i znaczeniem Statutu Łęczyckiego z r. 1180, str. 72 (4 zł.). — Piotrowski Stanisław. Uchwały podatkowe Sejmiku generalnego wiszeńskiego 1572—1772, str. 110 (6 zł.) 22

Zabytki dziejowe.

I. Polaczkówna Helena. Najstarsza księga sądowa wsi Trześniowa 1419—1609, str. 464 20

II i III. Rolny Wilhelm. Acta officii consistorialis Leopoliensis antiquissima. Volumen I. 1482—1489, str. XI i 673 (34 zł.), Volumen II. 1490—1498, str. II i 706 (36 zł.) 70